

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

ANALYSE CRITIQUE
DE
LA THÉORIE DES CONTRATS RÉELS

THÈSE DE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mercredi 15 juin 1910, à 1 heure 1/2

PAR

C. C. PLESNILA

Président : M. TISSIÈRE, professeur.

Suffragants : } *MM. BARTIN, professeur.*
 } *CAPITANT, professeur.*

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, Rue Soufflot, PARIS-5^e

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

—
1910

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

ANALYSE CRITIQUE

DE

LA THÉORIE DES CONTRATS RÉELS

THÈSE DE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mercredi 15 juin 1910, à 1 heure 1/2

PAR

C. C. PLESNILA

Président : M. TISSIER, professeur.

Suffragants : MM. BARTIN, professeur.
CAPITANT, professeur.



LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DÙ

RECUEIL SIREY

22, Rue Soufflot, PARIS-5^e

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

—
1910



Digitized by the Internet Archive
in 2026

ANALYSE CRITIQUE
DE LA
THÉORIE DES CONTRATS RÉELS

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

La grande majorité des auteurs présente les quatre contrats de dépôt, de prêt à usage, de prêt de consommation et de gage comme exigeant pour la formation outre le consentement encore un élément matériel, la remise de la chose à restituer.

Ces contrats seraient, quant aux obligations naissantes, des synallagmatiques imparfaits, c'est-à-dire unilatéraux au début, ils deviennent bilatéraux par la suite.

On sait que les législations modernes sont toutes dominées par un grand principe quant aux éléments constitutifs de la convention. L'accord des volontés, — le consentement, — à lui seul et indépendamment de toute forme ou prestation, suffit pour qu'un rapport de droit naisse. Le formalisme — trait caractéristique des

législations antiques — est de nos jours abandonné et la volonté des parties intelligente et libre est toute puissante quant à la création des rapports juridiques.

Il y aurait à ce principe de la consensualité deux exceptions. D'abord les contrats solennels pour lesquels la volonté des parties doit être exprimée dans des formes extérieures déterminées, sans quoi le consentement n'a point d'efficacité juridique.

Puis les contrats réels, qui exigeraient encore comme premier élément de formation le consentement, mais auquel s'ajouterait un élément réel, la remise de la chose à restituer.

De ces deux exceptions c'est la dernière qui nous intéresse et dont il sera fait ici un examen critique détaillé.

En effet, si de la forme dans le contrat solennel dépend l'existence du contrat même, cette forme n'est qu'une façon dont se manifeste extérieurement la volonté. Ce n'est pas une condition de fond de plus pour ces contrats que la solennité moderne. Le principe de la consensualité n'est pas en somme sensiblement atteint. C'est encore la volonté — il est vrai exprimée d'une façon déterminée — mais c'est encore elle le seul élément constitutif du contrat.

Tandis que dans les contrats réels, tels que la théorie classique les construit, les choses *changent*. Outre le consentement on exige l'accomplissement d'une condition de fond — la remise — qui serait

indispensable pour la formation de ces contrats comme tels.

Entre le contrat réel moderne et le contrat réel romain il y a une immense différence ; et à ce point qu'un rapprochement entre les deux ne doit être fait que pour marquer ce qui les distingue. *Dans le contrat réel romain c'est la res qui donnait au consentement la force créatrice qu'il ne trouvait pas en lui-même*, car le nu pacte n'avait à Rome point d'efficacité juridique. Dans le contrat réel moderne la res ne joue plus ce rôle. Avant toute prestation et tant qu'il n'y a que simple accord des volontés, la convention purement consensuelle a déjà une valeur indiscutable. Donc la res n'ajoute rien, à ce point de vue, au consentement.

Pourquoi alors la remise nécessaire ? Quel est son rôle ? *La théorie classique la présente comme un élément de formation du contrat réel parce qu'une obligation de restituer va naître et elle n'est pas concevable sans une dation préalable*. Et avant que cette remise fût faite, par le simple accord consensuel on a créé déjà un rapport de droit, car cet accord des volontés constitue un acte juridique se suffisant à lui-même, mais ce n'est pas encore le contrat réel. La théorie classique lui attribue le caractère de *contrat préparatoire (avant-contrat)*, par rapport au futur contrat définitif réel qui va être conclu par la remise.

Si le rôle de la res dans un contrat réel romain est

précis et explicable, il n'est plus dans le droit moderne avec les idées que nous nous faisons du rapport juridique d'obligation, de la convention et de l'acte juridique en général.

Il est curieux de voir qu'on ne douta presque pas dans la doctrine française — et ça fort longtemps — de l'exactitude de cette théorie des contrats réels. Elle parut s'imposer comme système d'une telle façon, qu'une justification sembla souvent inutile et par suite la critique vaine. Et les quelques auteurs qui s'occupèrent de la question, se mirent surtout, sinon exclusivement, au point de vue de son admission par le Code. Les réponses furent d'ailleurs toutes affirmatives (1).

Toullier examinant la question de la division des contrats dit « que le Code a passé sous silence la division des contrats réels n'ayant plus aucune utilité dans la pratique (2) » à la suite de l'admission par le Code du principe de la consensualité. C'est le contrat res romain avec l'élément réel nécessaire pour la validité de la convention que Toullier exclut comme système inaccepté par le Code civil français.

Et à propos du prêt à usage Duvergier reprend les

1. Les ouvrages français consacrés à la question sont *très* rares. En Allemagne on a assez écrit. Voyez les auteurs cités par M. Leduc. Thèse, p. 75, note 2.

2. Toullier, VI, p. 15 et suiv.

idées de Toullier avec les mêmes conclusions (1).

Dans le *Répertoire de la Jurisprudence de Notariat* la question de l'admission des contrats réels par le Code se trouve également posée et résolue de la même façon (2).

Cette parfaite harmonie dans la doctrine française régna jusqu'en 1890 lorsque M. Vigié souleva la question en se demandant s'il existe encore dans le Code français des contrats réels et si ces contrats ne sont pas en définitive des purement consensuels. Sans donner à la question presque aucun développement — il lui consacre une quinzaine de lignes — il répond affirmativement, disant que dans les contrats réels la convention est constitutive du contrat et que la dation de l'objet en est l'exécution (3). Et ensuite en faisant l'examen des contrats de prêt à usage, de dépôt et de gage, conséquent avec ce qu'il avait déjà dit sur ces contrats d'une façon générale, il conclut à leur caractère purement consensuel (4).

La question fut reprise par M. Combescure quelque temps après. Cet auteur se met encore au point de vue unique du Code et soutient qu'il n'existe plus

1. Toullier, XXI, p. 29 et suiv.

2. *Répertoire de la Jurisprudence de Notariat*, publié sous la direction de Rolland de Villargues, p. 430.

3. Vigié, II, n° 1061.

4. Pour le prêt à usage, Vigié, III, n° 1015; pour le dépôt, Vigié, III, n° 1050; pour le gage, Vigié, III, n° 1200. Remarquons pourtant que pour le dépôt ses conclusions ne sont pas aussi catégoriques.

des contrats réels en droit français. Ces contrats seraient consensuels et synallagmatiques. Et il croit trouver des preuves dans les textes du Code et dans la tradition historique (1). Ces conclusions ainsi que les arguments invoqués sont discutables et, comme on le verra plus loin, nous n'accepterons pas cette manière de voir quant au point de vue unique du Code.

Enfin récemment M. Leduc examinait la question — cette fois-ci sur le terrain des principes — à propos d'une étude sur la théorie des avant-contrats. Cet auteur discutant les applications possibles de l'avant-contrat essaye d'écarter celle qu'on en fait aux contrats réels, pour la raison que ces contrats sont des purs consensuels (2). Seulement cette conclusion n'est pas suffisamment justifiée, l'auteur ne donnant à la question qu'un très bref développement. La chose s'explique, M. Leduc ne l'examinant qu'incidemment.

Il est à noter encore dans la doctrine française la réserve que font MM. Baudry-Lacantinerie et Barde qui, tout en étant partisans de la théorie classique des contrats réels comme système du Code français, admettaient volontiers le caractère purement consensuel de ces contrats en pure théorie (3).

1. Combescuré, article *Rev. critique*, 1903, p. 447 et suiv.

2. Leduc. Thèse Paris, 1909, p. 175 et suiv.

3. Baudry-Lacantinerie et Barde. *Obligations*, I, p. 28.

Comme on le voit, une analyse critique détaillée et complète de la théorie des contrats réels ne fut pas encore faite dans la doctrine française.

Cet ouvrage comprendra un premier chapitre consacré à l'examen de l'origine des contrats réels chez les Romains, du rôle que jouait la dation comme élément dans la conclusion du contrat et des raisons qui décidèrent de l'existence de cette catégorie des contrats réels.

Ensuite, il sera fait, dans un deuxième chapitre, le développement de la théorie classique des contrats réels aux deux points de vue du Code français et purement théorique.

Dans un troisième chapitre nous ferons l'analyse critique de la théorie des contrats réels pour démontrer la complète fausseté de cette théorie.

Nous essaierons dans un quatrième chapitre de reconstituer les prétendus contrats réels avec des éléments purs consensuels.

Il sera démontré ensuite que la question, outre un évident intérêt théorique, ne manque pas d'intérêt pratique. Ça fera l'objet d'un cinquième chapitre.

Nous examinerons dans le chapitre sixième les textes des codes étrangers et la doctrine de ces textes pour voir quel est le régime légal de ces contrats dans ces diverses législations.

Il sera fait dans un septième chapitre un bref

examen de la question de la cause dans les contrats réels pour voir si la remise peut jouer ce rôle.

Et sur ce, nous allons conclure en faisant un aperçu d'ensemble notamment sur les causes de survivance de cette théorie classique des contrats réels et son triomphe dans les codes. En effet il est surprenant de voir une si fausse construction théorique se maintenir aussi longtemps. Et se maintenir avec tant de force pour qu'une étude critique comme la présente — aboutissant à une conclusion négative — soit une tentative au moins risquée, sinon vaine.

CHAPITRE PREMIER

Les causes qui déterminèrent l'apparition
de la catégorie des contrats réels et la raison
de leur existence en droit romain

Le contrat réel romain a pour trait caractéristique la nécessité d'une remise qui accompagne le pacte pour que celui-ci soit sanctionné. *C'est cet élément matériel — la res prestita — qui donne au pacte la force créatrice qu'il ne trouve pas en lui-même.* On sait, en effet, que le droit romain fut dans la matière des conventions dominé par un principe qui ne changea jamais et auquel on ne fit qu'apporter avec le temps des exceptions toujours plus nombreuses et en vertu duquel le nu pacte ne fait pas naître d'action (1).

Ces contrats réels forment en droit romain une des quatre catégories du système classique des contrats que Gajus et Justinien énoncent en disant dans une formule connue que les contrats naissent *re, verbis, litteris et consensu* (2).

1. Ulpien, *D.*, 2, 14, *De pactis*, 7, 14. Paul, *Sent.*, 2, 14, 1.

2. Gajus, 3, 89. *Inst.*, 3, 13, *De obl.*, 2.

Les contrats réels du droit classique sont au nombre de quatre : *le mutuum, le dépôt, le commodat et le gage* (1).

Il faut encore ajouter la *fiducie* qui est également un contrat réel, dont la fonction juridique est analogue aux trois derniers contrats mentionnés et qui sert comme procédé plus archaïque pour atteindre les mêmes résultats (2).

A ces contrats réels du droit classique il faut ajouter toute la catégorie des *contrats réels innomés* — postérieurs en date comme apparition — et qui doivent leur existence également à la prestation, se forment donc re (3).

C'est à un seul point de vue que nous étudions ici les contrats réels en droit romain. C'est celui de *rechercher l'origine de ces contrats, préciser leur vraie nature au début, pour poursuivre ensuite l'évolution qu'ils subissent*. Il sera possible de la sorte d'*expliquer pourquoi on donna à la res un rôle dans la conclusion du contrat* faisant d'elle un des éléments de formation du contrat.

Il est à observer que *le contrat réel romain n'est*

1. Inst., 3, 14, *Quibus modis re contrahitur obligatio*.

2. Elle n'est plus visée dans les compilations de Justinien parce qu'elle n'existait plus de son temps.

3. On verra plus loin qu'il y a dissentiment parmi les auteurs sur le rapprochement de ces contrats innomés des contrats réels nommés.

pas un contrat formel ; la res n'est pas une solennité imposée par un formalisme arbitraire, mais c'est une condition de fond pour ces contrats. Car la prestation pourrait avoir dans une législation formaliste un rôle purement symbolique dans la conclusion des conventions.

Cette observation ne manque pas d'intérêt. Le premier des contrats réels sanctionné par le droit civil romain — le *mutuum* — exista à une époque assez reculée, construit avec des éléments de fond exclusivement ; et il exista ainsi à une époque dominée par un formalisme exagéré. Alors, c'est forcé de se demander *quelle idée présida à sa reconnaissance par le droit civil*. Pourquoi fit-on pour lui exception au principe qui régissait tout ce qui était acte ou construction juridique ?

Nous croyons que c'est la même cause qui décida la consécration de tous les contrats réels, de l'ancien *mutuum* comme de la fiducie et plus tard des trois autres contrats de dépôt, commodat et gage. Et encore ce fut la même idée qui décida la sanction des contrats innomés. On fut en présence d'un pacte par lequel on s'obligea de restituer une chose dont le transfert était accompli préalablement. *On sanctionna cet engagement de restituer pour éviter les suites fâcheuses de l'inexécution volontaire*, l'enrichissement injuste qui en résultait. Et ainsi *au début la sanction fut donnée en dehors de toute idée de contrat*. Peu

après on donna à cette action en restitution une base contractuelle. De la sorte la sanction était et plus logique et pratiquement plus avantageuse. Et c'est comme ça qu'on arriva à sanctionner et à transformer en contrat cette opération composée d'un transfert — qui devient l'élément réel du contrat — et d'un engagement de restituer — qui est l'élément conventionnel.

Cette idée nous allons la contrôler en recherchant immédiatement les origines de chacun de ces contrats réels, pour faire ensuite un aperçu d'ensemble, notamment sur la nature de ces contrats.

§ 1. — Le Mutuum.

Le mutuum est le plus ancien et le premier des contrats re. Il n'était pas connu dans le droit romain primitif où il n'y avait que des contrats formels. On pouvait rendre obligatoire la convention quand il s'agissait d'un prêt d'argent en employant les formes du *nexum*. Sans cela elle était un simple pacte dénué d'action.

Il n'existe comme contrat et il n'est sanctionné par le droit civil qu'à une époque antérieure à l'introduction de la procédure formulaire (1).

Comment arriva-t-on à la reconnaissance de ce

1. Girard. *Traité*, p. 434.

contrat non formel à une époque si reculée, dominée par le formalisme ? Quelles sont les origines du mutuum ?

Nous sommes obligé, pour toute réponse à cette question, de faire des conjectures, car des preuves directes et des renseignements dans les textes manquent. Voici comment les choses durent se passer. On avait à sa disposition pour réaliser des prêts d'argent les formes du nexum. Mais les suites de ce contrat étaient trop dures pour le débiteur et les prêteurs refusaient de contracter, employant ces formes pour ne pas s'exposer aux rigueurs du contrat (1). En outre, les formes du nexum ne se prêtaient pas pour conclure des emprunts de denrées, céréales, etc., opérations dont pratiquement on ressentit le besoin de très bonne heure sûrement. Et alors on dut se contenter de transférer la propriété des choses empruntées et le prêteur s'engageait de restituer à une époque convenue quantité et qualité égales.

Cet engagement n'était pas sanctionné et l'efficacité de l'opération repose uniquement sur la bonne foi du prêteur. *Est-ce déjà un pactum fiduciæ cet engagement de restituer accompagnant le transfert ?* Les auteurs qui se sont posé la question ne le croient pas (2). Il est vrai qu'il est difficile de l'affirmer avec

1. Le nexum avait pour effet de permettre au créancier de faire *manus injectio* en vertu du contrat même.

2. On présente parfois l'ancien mutuum comme une dation jointe à une convention et non pas comme un pacte adjoint à une dation. *Sic*

certitude, mais il est permis au moins de ne pas partager l'opinion de ces auteurs et de donner à la question une réponse affirmative. En effet le *pactum fiduciæ* est très ancien ; il est connu et pratiqué, sinon sanctionné, déjà du temps de la L. XII, tables (1).

Or, pourquoi ne l'aurait-on pas employé ici ? Nous croyons que cet engagement, reposant sur la bonne foi et apposé aux actes solennels comme une contre-lettre (2) pour atteindre certains résultats pratiques, dût sûrement être le procédé dont on usa ici comme ailleurs. Il ne laissa pas de traces dans les textes à cause de la transformation rapide de l'opération en contrat et surtout accomplie à une époque assez reculée.

Ce transfert dont l'engagement de retransférer reposait uniquement sur la bonne foi, avant que cette obligation fût sanctionnée par le droit civil comme contrat, *fut sanctionné par une action en restitution en dehors de toute idée de contrat, en vertu de l'idée d'enrichissement injuste* (3). L'emprunteur détenait une chose qui ne devait pas lui appartenir, car elle lui fut transférée pour qu'elle soit restituée. Il tenait la chose sans cause.

Geny. Thèse, p. 10 ; *Contra*. Accarias. *Précis de Dr. rom.*, t. 2, p. 402, n° 1.

1. Jacquelin. Thèse, pp. 34-37.

2. Geny. Thèse, p. 15. Ihering. *Esprit du droit romain*, tome 4, § 63, p. 139.

3. Girard. *Traité*, p. 505.

Cette idée d'enrichissement injuste donnait naissance à une action qui réparant le préjudice causé en aboutissait au retour de la chose dans le patrimoine dépouillé ; on la trouve dans la législation romaine très anciennement. Elle existait avant l'introduction de la *legis actio per condictioem* par les lois *Silia* et *Calpurnia*. Et on a la preuve qu'on sanctionna cette obligation de restituer la chose acquise sans cause par une *legis actio sacramenti* avant qu'elle fût sanctionnée par la *condictio* (1).

Cette idée d'enrichissement sans cause trouva donc ici une application particulière (2). Dans ce prêt de consommation réalisé ainsi par le transfert de la chose prêtée avec pacte de restitution, non sanctionné car le droit de l'époque exigeait des formes, *le résultat inéquitable qui résultait était réparé et la restitution de la chose était ainsi assurée*. C'était le triomphe de l'idée d'équité atteinte par les conséquences fâcheuses du formalisme. C'est ça la première phase de l'élaboration du futur contrat réel de *mutuum*.

Les choses ne tardèrent pas à changer. *On finit par donner à cette action en restitution une base con-*

1. *Lex Acilia repetundarum* de 631 ou 682, ligne 23, selon laquelle *lex Calpurnia repetundarum* de 605 permettait d'agir par la *legis actio sacramenti* en répétition des choses reçues illégalement par les magistrats. Voyez : Girard, N. R. H. 1895, p. 421 ; et N. R. H. 1897, p. 282 et suiv.

2. *Sic* Cuiq, I, p. 220.

tractuelle et l'action sanctionnera dorénavant le pacte de restitution même (1). Et voici comment le changement dut s'opérer.

Si l'on ne s'aperçut pas au début qu'il y avait différence entre le fait de détenir une chose par vol ou *sine causa* d'une façon générale et de la détenir en vertu d'un transfert avec engagement de la restituer, on finit par s'en apercevoir plus tard. Une nuance distinguait nettement ces deux hypothèses. Dans l'une il y avait absence complète d'engagement, tandis que dans l'autre il y avait promesse de restituer. Il est vrai que cette promesse n'avait aucune valeur aux yeux de la loi, mais ainsi laissée à la merci de la bonne foi du débiteur elle existait tout de même. Et c'était plus logique de distinguer ces deux hypothèses, différentes par l'élément conventionnel qui intervient dans la seconde, et de *sanctionner cet engagement de l'emprunteur tout en s'inspirant de la même idée que dans le cas voisin, mais en lui donnant une base contractuelle*.

Voici de la sorte le pacte de restituer adjoint au transfert de la chose faisant l'objet du prêt de consommation sanctionné par le droit civil romain et transformé en contrat. Et *cette remise qui décida de la sanction de l'engagement restera comme élément*

1, M. Cuq, *loc. cit.*, paraît accepter cette idée.

indispensable du futur contrat, formant l'élément réel du contrat de mutuum.

On s'explique ainsi la nécessité de la res comme élément de formation du mutuum et le rôle qu'elle a de donner force créatrice au pacte. On s'explique ainsi encore le fait assez singulier de voir un contrat non formel — car le mutuum n'est pas formel — existant en droit romain à un moment où le formalisme régnait en matière de contrat.

Le mutuum gardera toujours quelque chose de son origine (1). Outre cette particularité dans la formation, il est à noter encore celle très caractéristique dans l'obligation de restituer qui est l'unique naissant du contrat et qui a quant à la restitution exactement la même étendue que le transfert accompli. Ces indices sont des preuves rendant l'origine conjecturée du mutuum encore plus vraisemblable.

La conception qu'on se faisait de la res dans le mutuum changea et au cours de la période classique le principe fut atténué. On arriva à admettre que le transfert de la propriété pouvait être remplacé par un acte juridique quelconque donnant à l'emprunteur satisfaction équivalente. C'est une suite de la façon large dont on entend progressivement le transfert de la possession dans la tradition.

1. C'est ainsi que s'explique la rigueur avec laquelle on a toujours conservé la règle que l'emprunteur ne peut pas être tenu de rendre plus qu'il n'a reçu.

Par exemple le prêteur n'ayant pas d'argent momentanément donne autorisation à l'emprunteur de toucher la somme chez son débiteur qui lui doit et par là il devient créancier malgré que ce n'est pas lui qui a opéré la remise, mais qu'elle fut faite par son débiteur pour son compte. D'autres cas peuvent être encore cités (1).

On finit par admettre, selon certains auteurs, un mutuum dans deux cas où il n'y avait ni transfert de possession, ni transfert de propriété, mais où il y a simple promesse de transmettre. C'est d'abord le cas d'une créance qui n'étant pas échue le prêteur délègue sa créance à l'emprunteur qui se la fait promettre par le tiers (2). Puis, le cas où la personne à laquelle on veut faire parvenir le bénéfice de l'emprunt se la fait promettre par le prêteur (3).

Dans ces deux cas les deniers sont promis au lieu d'être versés et pourtant les textes nous disent qu'il y a mutuum depuis la promesse et non pas seulement depuis le versement. La res apparaît ici ayant une acception nouvelle, ce n'est plus une translation de propriété mais la mise d'une valeur dans le patrimoine de l'emprunteur (4).

1. Voir les cas que M. Girard cite. *Traité*, p. 511.

2. Celse. D., 12.1. *De R. C.*, 32.

3. Papinien, D., 14.3. *De inst. act.*, 19.3.

4. Girard. *Traité*, p. 512.

Cette conception nouvelle de la res — sûrement très éloignée de celle qui donnait force à l'ancien mutuum — garde encore quelque chose de celle-ci. C'est l'idée de valeur mise dans le patrimoine de quelqu'un d'une autre manière que par un transfert immédiat. Elle se trouve ainsi consacrée jusqu'à la fin de l'évolution de ce contrat qui ne changea jamais sa forme primitive pour devenir un contrat purement consensuel.

§ 2. — La fiducie.

La même idée qui détermina la consécration du mutuum comme contrat décidera la sanction de la fiducie par le droit civil romain.

On sait que la fiducie est le contrat par lequel une personne recevant la propriété d'une chose s'engage à rendre cette chose dans les conditions déterminées par le contrat.

Dans la fiducie il faut donc distinguer *le transfert* auquel se juxtapose *la convention de restituer* qui détermine la date et les conditions de la restitution. *C'est cette convention de restituer qui s'appelle pactum fiduciæ.*

On a considéré le pactum fiduciæ — surtout autrefois — comme une clause de la mancipation, c'est-à-dire que l'aliénation et la convention ne sont pas deux actes distincts. Il est établi aujourd'hui avec

certitude que le pacte de fiducie n'est pas une portion intégrante de la mancipation, mais une convention séparée qui se juxtapose à l'aliénation. C'est ainsi qu'il faut envisager l'opération dont les deux éléments — transfert et pacte de restituer — sont distincts et se suivent.

On compte la fiducie parmi les contrats réels, car pour qu'elle ait une sanction il faut qu'un transfert préalable ait eu lieu. *C'est ce transfert qui constitue l'élément réel* qui donne au pacte la qualité de contrat sanctionné. Ce transfert doit être toujours fait au moyen d'une aliénation volontaire.

Le droit civil romain sanctionna la fiducie assez tard. C'est seulement du temps de Q. Mucius Scævola qu'on fit de la fiducie un véritable contrat synallagmatique imparfait sanctionné par des actions de bonne foi directe et contraire (1). Et c'est par l'actio fiduciæ directa donnée à l'aliénateur en reddition de compte et par l'actio fiduciæ contraria donnée à l'acquéreur ayant pour objet la réparation du préjudice causé à l'aliénateur par l'exécution de la convention.

Avant que la fiducie existe comme contrat sanctionné par des actions à la formule *in jus concepta*, la fiducie fut sanctionnée plus ou moins efficacement. Voici l'origine et l'évolution de ce contrat réel.

1. Q. Mucius Scævola, consul en 659.

Le pactum fiduciæ est connu et employé à Rome de très bonne heure. On le donne comme existant du temps des douze tables ou peu de temps après (1). Entendons-nous bien, à ce moment il existe mais n'est nullement sanctionné.

A l'origine et fort longtemps, la valeur du pactum fiduciæ — comme le nom le démontre — reposait uniquement sur la bonne foi de celui qui avait pris l'engagement. Il se présentait *comme une contre-lettre apposée aux transferts pour atteindre des résultats différents et variés* (2). Il servit dans le droit des personnes comme dans le droit des choses.

Ce simple pacte de fiducie — comme tout nu pacte à Rome — n'eut juridiquement aucune valeur. Toute l'efficacité de l'opération reposait sur la bonne foi — fides — du débiteur et pendant fort longtemps on ne donna pas d'action en exécution. L'aliénateur jouissait seulement d'une certaine facilité légale pour recouvrer la propriété de la chose. Ce moyen était l'usureceptio fiduciæ qui avait lieu si l'aliénateur était rentré en possession de la chose, même sans

1. Sic Jacquelin. Thèse, pp. 34-37. Mais notez bien, c'est un pacte non sanctionné à ce moment-là. Quant à la fonction qu'elle eut, c'est certain qu'on l'employa dans le droit des personnes très anciennement ; mais l'on soutient que la fiducie *cum creditore* est encore la plus ancienne application. Jacquelin, *op. cit.*, p. 38.

2. Geny. Thèse, p. 15 ; Ihering. *Esprit du droit romain*, t. IV, § 63, p. 139.

Juste titre ni bonne foi, mais la garder pendant un an.

On a prétendu — il est vrai — que le *pactum fiduciæ* aurait donné une action dès le temps du système des actions de la loi (1). Mais comme il est suffisamment prouvé, les actions sanctionnant le pacte de fiducie n'ont pu naître qu'après l'introduction de la procédure formulaire.

Et c'est le préteur qui, peu après la *lex Aebutia*, donna à l'aliénateur une action *in factum* infamante. Le point culminant de toute cette évolution — c'est-à-dire la reconnaissance de la fiducie comme contrat sanctionné par le droit civil — ne s'accomplit que du temps de Q. Mucius Scaevola.

Mais avant que le préteur sanctionnât le pacte de fiducie — donc avant la loi *Aebutia* — pour réparer l'injustice résultant de la non-exécution de l'engagement pris par l'acquéreur, il y avait une sanction dont le fondement n'était sûrement pas contractuel.

En présence de ce transfert qui n'était pas suivi de restitution volontaire, il est probable qu'on donna une action en restitution — une *condictio* — pour faire rentrer le bien aliéné dans le patrimoine de l'aliéna-

1. Accarias. *Précis*, t. II, § 647, texte et notes. D'après Mommsen, la fiducie avant d'être sanctionnée comme telle pouvait être en empruntant la forme de la stipulation. Voir un exposé détaillé de l'opinion de Mommsen et ce qui est dit contre ces deux opinions dans la thèse de M. Jacquelin, p. 26 et suiv. et 30 suiv.

teur. Et deux faits prouveraient cette affirmation :

D'abord ce transfert avec fiducie, non pas suivi de l'exécution de l'obligation de restituer, aboutissait à un enrichissement injuste. Or il est admis et prouvé que le droit romain à une époque très ancienne donna une action en restitution de ce qui est tenu *sine causa* (1).

Ensuite un texte prouve l'existence de cette *condictio* (2).

Voici donc *cette opération juridique non sanctionnée sur le terrain contractuel, sanctionnée tout de même en dehors de toute idée de contrat* et le résultat était presque le même, le but du contrat se trouvait donc atteint.

On finit par reconnaître le pacte même et donner à l'opération une action contractuelle au lieu de la sanction fondée uniquement sur l'idée d'enrichissement sans cause. L'idée qui présida à l'élévation de ce pacte au rang de contrat est donc la même que celle rencontrée à l'origine du *mutuum*. C'est pour éviter un enrichissement injuste qu'on sanctionna le pacte de fiducie. *Ce transfert qui détermina la consécration du pacte restera comme élément nécessaire pour le futur contrat réel de fiducie*. C'est ainsi qu'on peut s'expliquer la reconnaissance de ce contrat, les élé-

1. Voir ce qui a été dit pour le *mutum*, p. 19 et suiv.

2. D., 12, 1, De R. C., 4, 1. Sic M. Savigny. *Traité*, t. V, p. 555, suivi par M. Jacquelin. Thèse citée, p. 140 et 215 et suiv.

ments qui le composent et le rôle de la res de rendre obligatoire l'engagement de restituer.

L'évolution pour la fiducie, accomplie plus tardivement que celle du mutuum, fut faite par le préteur. C'est celui-ci qui sanctionna par des actions prétoriennes le pacte. Le droit civil, un peu plus tard, va le reconnaître définitivement.

Il faut faire un rapprochement entre le mutuum et la fiducie. Malgré les quelques différences qui les séparent, il y a grande similitude entre ces deux contrats et qui *s'explique par la communauté d'origine quant à l'idée qui présida à leur apparition* et l'identité de leur structure. Dans la fiducie, comme dans le mutuum, l'opération se décompose en un transfert et un pacte de restitution. Le mutuum — comme il fut dit — ne fut peut-être au commencement qu'une émancipation avec fiducie, dont l'évolution de début ne laissa point de traces et qui aboutit au contrat spécial de mutuum. Ce même pacte accompagnant un transfert servira plus tard à accomplir des opérations inconnues à une époque reculée. Et alors ce pacte deviendra un procédé au moyen duquel on obtiendra ces résultats pratiques pour lesquels le droit romain n'avait pas des contrats spéciaux. Ce procédé — la fiducie — sera sanctionné par le préteur, ensuite par le droit civil et continuera à réaliser des opérations de dépôt, de gage, etc., qui vont plus tard faire l'objet des contrats spéciaux.

Donc le *mutuum* et la *fiducie* sont des créations de la pratique reconnues par le droit, ayant à leur origine le même point de départ, la même idée, mais dont l'évolution s'accomplit à des époques différentes et dans des conditions différentes, aboutissant l'un à la création d'un contrat réel spécial, l'autre à la création d'un contrat procédé pour atteindre des résultats divers.

La *fiducie* sert dans le droit des personnes comme dans le droit des choses. Pour accomplir un *commodat* la propriété de la chose était retransférée par le prêteur à l'emprunteur à l'expiration du délai fixé pour la restitution. Pour le dépôt le retransfert avait lieu au jour où le déposant réclamait la chose ou au terme fixé. On réalisait le gage en fixant le retransfert de la chose au jour où la dette était éteinte par le paiement ou par un procédé analogue.

Et elle sert dans le droit classique encore à des fonctions moins connues, ainsi pour réaliser une donation à cause de mort, pour rendre obligatoire une convention de restitution de dot, pour réaliser une donation par personnes interposées.

Une série de contrats spéciaux va apparaître en droit romain au cours de la période classique qui rendront la *fiducie* inutile et elle finira par disparaître.

§ 3.¹— Les contrats de commodat, de dépôt et de gage.

Ces trois contrats sont reconnus par le droit civil plus tard que le mutuum et la fiducie.

Et ça s'explique. Les opérations qui font l'objet de ces contrats furent réalisées pratiquement au moyen des aliénations fiduciaires comme on vient de le voir. Mais cette aliénation fiduciaire ne restera pas jusqu'au jour de la création de ces trois contrats spéciaux sans changer. On la transforma afin de supprimer les inconvénients qu'elle présentait.

En effet, il fallait aliéner pour donner une chose en dépôt, en commodat ou en nantissement. Or, à partir de ce moment-là l'aliénateur n'avait plus sur la chose ni droit de suite, ni droit de préférence. Il lui restait seulement un droit de créance sanctionné par l'actio fiduciae depuis la création de cette action. La perte du droit de propriété lui nuisait beaucoup. Car, par exemple, si le dépositaire aliénait la chose, cette aliénation était valable et le déposant ne pouvait pas la réclamer au tiers acquéreur ; ou si l'acquéreur avec fiducie devenait insolvable, l'aliénateur ne pouvait pas la reprendre pour la soustraire aux poursuites des créanciers.

Et alors on essaya de bonne heure de supprimer l'inconvénient et de réaliser ces trois opérations sans

transférer la propriété, mais en déplaçant seulement la détention dans le dépôt et le commodat, la possession dans le gage.

Ce procédé nouveau sans transfert de propriété — cette remise de la possession ou de la détention avec engagement de restituer — ne fut pas immédiatement muni d'action. L'auteur de la remise avait une protection sur le terrain du droit commun. Étant propriétaire il avait tous les droits attachés à la propriété. Et comme propriétaire il pourra reprendre la chose en exerçant une revendication ; il aura encore certaines actions délictuelles comme l'actio furti si l'ac-cipiens a voulu s'approprier la chose, l'actio damni injuria dati en vertu de la loi Aquilia s'il l'a détériorée ; et en matière de dépôt il aura même une action spéciale au double.

C'est ainsi que ces conventions de restituer accompagnant le déplacement de la possession ou de la détention de la chose, ne constituant pas des contrats et n'étant pas munies d'actions, purent subsister pendant longtemps et répondre aux besoins de la pratique.

La reconnaissance de ces pactes comme contrats sanctionnés se ressentait et constituait sûrement un progrès. Ce fut le prêteur qui ouvrit la voie en donnant au déposant, au prêteur à usage et au constituant du gage, des actions in factum en restitution.

Le droit civil finit par faire des conventions de

dépôt, de commodat et de gage, des contrats synallagmatiques imparfaits sanctionnés par des actions de bonne foi directe et contraire.

Ces actions de dépôt, de commodat et de gage sont postérieures à la loi Aebutia (1). Elles semblent inconnues du temps de Cæsar en l'an 709, date de la loi Julia (2), mais existent déjà du temps d'Auguste, peut-être même du temps du Triumvirat.

Voilà les phases par lesquelles passèrent ces contrats jusqu'à leur reconnaissance par le droit civil romain avec le caractère de contrats réels.

Il est utile de remarquer ici encore l'idée qui domina l'apparition de ces contrats et qui est la même que celle qui décida la consécration par le droit civil romain du mutuum et de la fiducie. Et l'évolution se poursuivit avec certaine ressemblance.

Ces trois contrats sont encore des créations de la pratique au moyen des procédés appropriés au but à réaliser. Le transfert avec fiducie fut la première forme qu'on perfectionna ensuite en remplaçant le déplacement de la propriété par un simple déplacement de la possession ou de la détention.

La convention de restituer non sanctionnée longtemps — quand le déplacement de la chose n'était pas

1. Ce sont des actions de bonne foi qui n'ont évidemment pas pu exister avant la lex Aebutia.

2. L'actio depositi directa qui est infamante ne figure pas dans l'énumération des actions infamantes de la loi Julia de 709, ligne 111.

ait en propriété, mais simplement en détention ou possession — finit par être sanctionnée directement par une action prétorienne. Ce qui décida le prêteur à donner cette action ce fut l'idée qu'il *est juste de restituer ce qu'on avait reçu pour garder provisoirement*. La sanction, extra-contractuelle, quoique efficace souvent, était parfois insuffisante. Et puis, du moment qu'il s'agissait de restituer la chose à la personne propriétaire, étant atteint le but de l'opération pour lequel elle avait été remise, parce qu'il était juste qu'on fasse cette restitution, *on sanctionna l'engagement de restituer même, donnant ainsi à cette action en restitution une base contractuelle*. Le droit civil fera le dernier pas en suivant la voie ouverte par le prêteur.

Et ces contrats ainsi sanctionnés et reconnus garderont de leur origine des particularités dans la formation. *La remise, qui fut la cause de la première sanction donnée à l'engagement de restituer, restera l'élément réel dans la formation du contrat, consacré définitivement comme tel.*

§ 4. — Les contrats innomés.

Le contrat innomé est une convention synallagmatique non obligatoire par elle-même — ne rentrant dans aucune des catégories des contrats sanctionnés par le droit civil romain — et qui a été exécutée par l'une des parties.

Fort longtemps le droit romain refusait d'accorder à celui qui avait fait la prestation une action pour exiger la contre-prestation convenue. Tout ce qu'on lui reconnaissait — et ça à une époque fort reculée — c'était le droit de reprendre ce qu'il avait fourni sans cause.

Cette convention synallagmatique ainsi exécutée par l'une des parties est appelée dans le droit de Justinien — par les interprétés — *un contrat innomé se formant de par la prestation faite et sanctionné par une action désignée par les compilateurs actio prescriptis verbis*.

Et on sanctionna ainsi cette convention synallagmatique, si elle rentrait dans une des combinaisons *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*.

Les éléments constitutifs essentiels de ces contrats sont au nombre de deux. *D'abord la nécessité d'une convention synallagmatique, puis l'exécution par l'une des parties de sa prestation*.

Et les effets du contrat étaient de faire naître une action personnelle en exécution appelée sous Justinien — tout au moins — *actio prescriptis verbis*.

Cette action était donnée au profit de la partie qui avait fait la prestation. En outre celle-ci avait une *condictio ob rem dati* pour demander la restitution de la prestation faite sans cause. Cette action étrangère à l'idée de contrat était fondée sur une idée d'enrichissement sans cause. Dans certains cas elle

avait encore une troisième action appelée *condictio propter pœnitentiam* sur laquelle des renseignements précis manquent.

Les principaux contrats rentrant dans la catégorie des innomés étaient : *l'estimatum*, *la permutatio*, *la divisio*, *la donatio sub modo*, *le precasium*, *la transactio*, etc.

Quelques auteurs veulent distinguer les contrats innomés des contrats réels et en écartant tout rapprochement, nier le caractère réel à ces derniers (1). Et ça parce que l'élément réel qui caractérise le contrat réel est une dation. Or, dans le contrat innomé l'élément réel ne serait pas toujours une dation mais un fait ou un acte.

Nous estimons que malgré les différences qui séparent sûrement les contrats innomés des contrats réels, il y a encore assez de ressemblance pour qu'un rapprochement soit fait. En effet, dans les contrats innomés il y a un engagement conventionnel qui se trouve sanctionné à raison de la prestation qui a été faite. Si cette prestation n'est pas toujours une dation mais parfois un fait accompli par le futur créancier, c'est que l'ancienne conception qu'on se faisait de la *res* a évolué et on arriva à tenir compte

1. Accarias. *Théorie des contrats innomés*, p. 17. Cet auteur estime que la *res* comme élément constitutif du contrat consiste toujours en une *tradition*; quand il y a un *factum* ce n'est plus *res* qu'on peut le dénommer.

d'un acte accompli comme on tenait d'une dation et on assimila les conséquences.

La reconnaissance de ces contrats innomés par le droit civil romain fut faite en partant de la même idée qui décida la consécration des contrats réels nommés. L'élément réel joue donc dans ces contrats le même rôle et c'est pour les mêmes raisons qu'il donne au pacte force créatrice.

On connaît avec quelque certitude l'origine de l'action *prescriptis verbis*. Elle fut inventée par Labeo pour éviter les difficultés qui planaient dans des hypothèses où il y avait contrat sans qu'on puisse dire lequel. C'est la date de l'extension et la mesure dans laquelle s'opéra l'extension de cette action aux contrats innomés, qui ne sont pas connues avec précision (1).

Il est possible que le système des contrats innomés ne date avec une portée générale que du temps de Justinien qui composa de matériaux très disparates le titre du Digeste relatif à la matière et qu'il y ait dans ce titre nombreuses interpolations. *Il est probable que ces nova negotia furent protégées au début empiriquement par des actions prétoriennes in factum dont la concession fut conseillée aux magistrats par les Sabinien et encore peut-être par des juristes plus anciens.*

1. Voyez l'ancienne doctrine et la nouvelle, ainsi que des détails sur la question dans Girard. *Traité* pp. 586-587.

Quant à l'actio prescriptis verbis, elle fut étendue ici non pas d'une façon méthodique. La première opération sanctionnée prescriptis verbis fut *l'estimatum* ; ensuite, l'action fut étendue à l'échange et à d'autres contrats. Et c'est du temps de Justinien que la règle fut posée d'une façon générale et c'est lui le premier à l'appeler de ce nom.

Voilà donc l'évolution probable de ces contrats jusqu'à leur consécration définitive par le droit civil.

Pour rechercher les causes qui contribuèrent à la sanction de ces contrats, nous sommes réduits ici encore aux conjectures, car les textes ne donnent que le résultat et point de détails sur l'état de droit antérieur. Ce qui est sûr, c'est qu'en donnant une sanction à la contre-prestation *on consacra l'équité qui se trouvait seulement à moitié satisfaite par une action en répétition*. On évitait jusqu'alors par cette *conditio ob rem dati* l'enrichissement injuste ; mais *le résultat injuste se trouvait encore mieux évité par l'exécution de la contre-prestation même*. On transforma ainsi en contrat sanctionné le simple pacte à raison de la prestation qui avait eu lieu. *C'est cet acte d'exécution — dation ou fait — qui fut la cause de la sanction de l'engagement contractuel puis par simple pacte ; c'est cet élément — dation ou fait — qui constitue l'élément réel du contrat innomé*.

Voici comment recevant une dernière application

— assez tardive — en matière de contrats, *la mise d'une valeur dans le patrimoine d'autrui avec engagement de restituer ou prêter* constitue le fait qui décide la sanction du pacte et devient aux yeux de la loi l'élément de formation du contrat.

§ 5. — **Observations d'ensemble sur la théorie des contrats réels romains. La vraie nature de ces contrats au début.**

En somme *les contrats réels romains sont le produit d'une longue et patiente élaboration pratique.*

Deux grandes causes décidèrent leur *apparition*.

Ce furent, d'abord, *les nécessités de la pratique*, ensuite *les lacunes du vieux droit civil formaliste* (1).

Dans les sociétés à peine naissantes, les actes juridiques connus et réglementés sont en petit nombre. Ils doivent en outre être accomplis dans des formes rigoureusement déterminées. Les nécessités de la vie journalière se montrent d'ailleurs peu exigeantes.

Des besoins nouveaux se firent ressentir avec le temps, auxquels ces instruments juridiques d'agir ne répondaient plus, soit que l'acte nouveau ne rentrait pas dans le cadre des formes existantes, soit que la rigoureuse solennité qu'il fallait employer était gênante et servait mal l'opération à réaliser.

1. Cette idée est acceptée par M. Accarias pour les contrats innomés, Voyez *Théorie de contrats innomés*, 3 et p. 15.

Et alors on dut recourir à des procédés appropriés aux buts à atteindre ; et l'on fit aux moyens dont on disposait, en laissant l'efficacité de l'engagement à la bonne foi de la partie. Car le droit refusait à reconnaître ce qui n'était pas accompli selon ses exigences.

C'est ce qui arriva en droit romain successivement avec les opérations qui vont constituer plus tard les contrats réels. Comme il fut démontré ci-dessus à propos de chacun de ces contrats, *ce furent des besoins pratiques nouveaux qui firent apparaître les procédés au moyen desquels on atteignit les résultats voulus et qui constituent l'étape première des futurs contrats réels.*

Si le contrat réel est le produit de l'élévation pratique, *il fut — quant à sa reconnaissance comme contrat — le résultat du formalisme. Et c'est pour concilier les suites fâcheuses du formalisme avec l'équité que le droit civil romain reconnut le contrat réel.*

En effet, dans le très ancien droit romain, tous les actes juridiques étaient solennels. Tant la conclusion des biens de famille quant au transfert des biens et la naissance de rapports juridiques d'obligation il fallait employer à Rome des solennités qui, seules, donnaient aux actes une existence aux yeux de la loi. Ce formalisme — comme l'observe avec raison Ihering — c'est une phase nécessaire dans le développement de l'esprit humain. C'est le besoin d'exprimer

l'opération conclue par des signes extérieurs appropriés au contenu de l'acte et aux effets qu'il produira (1).

Ce formalisme ne fut pas un phénomène spécifique pour les Romains. Le formalisme est un phénomène habituel dans l'histoire de la civilisation et trouve dans le droit un terrain exceptionnellement favorable. Ce formalisme rend l'acte juridique plastique, concret, visible. Il a sûrement des avantages. L'acte est rendu incontestable dans le rapport des parties et facilement reconnaissable par le juge au cas de contestation. Mais ce formalisme a bien des désavantages. Et si on s'en ressent moins dans une société primitive où les actes conclus sont en petit nombre, on s'en ressent plus dans une société civilisée et commercialement plus active. D'abord, le formalisme est une cause de gêne et de retard dans la conclusion des actes. Ensuite, il a de fâcheuses conséquences lorsque l'acte a été conclu sans l'observation des formes où il est entaché d'un vice de forme. On est alors en présence d'un acte juridique réellement voulu par les parties et qui pourtant n'a point d'existence aux yeux de la loi. Et si l'obligé refuse d'exécuter, le créancier n'a contre lui aucun moyen de contrainte. Il s'ensuit une grave injustice.

Les législations excessivement formalistes aboutis-

1. Ihering. *Esprit du droit romain*, t. III, p. 197..

sent souvent dans la pratique à la méconnaissance des préceptes de morale et consacrent l'iniquité par le fait qu'elles autorisent ceux qui ont conclu des engagements sans formes de ne pas tenir promesse.

Le vieux droit romain a dû s'en ressentir sûrement de ces inconvénients du formalisme qui le domina jusqu'à la fin en principe.

Mais le triomphe de l'idée de justice est en somme le but final de toute loi, et d'une façon ou d'une autre il faut que ce but soit atteint. Et si on ne sanctionne pas directement l'acte sans formes, on repousse au moins les effets injustes qui en résultent. *C'est une adroite conciliation du droit rigide et de l'équité.* C'est ce qui arrive en droit romain comme il sera démontré rapidement ci-dessous.

Si le respect du droit de propriété et le respect des engagements solennellement contractés furent consacrés par le droit romain le plus ancien, *déjà à une époque assez reculée, les Romains connurent comme faisant partie du domaine du droit le précepte qu'il ne faut pas s'enrichir aux dépens d'autrui* (1). Et c'est sous l'influence de la philosophie grecque que les idées morales des Romains se sont affinées et qu'on poussa assez loin l'idée d'équité en faisant de nombreuses applications (2). Et c'est ainsi qu'il fut admis

1. Cuq, t. II, p. 492; Girard, *Traité*, p. 612 et 505; Mommsen, *Droit public*, p. 270, n° 1; Girard, N. R. H. année 1895, pp. 413-417.

2. Au vi^e siècle de Rome, l'idée apparaît chez les poètes, Plaute

de très bonne heure que celui qui tient sans cause une chose appartenant à autrui est obligé *res* à la restituer (1).

Or, le résultat de la non-sanction des engagements de restituer faute d'emploi des formes solennelles aboutissait à un enrichissement injuste lorsqu'une dation préalable avait eu lieu en vue de cette restitution. C'était justement le cas des procédés dont on se servit pour réaliser les opérations qui plus tard ont fait l'objet des contrats réels spéciaux. *Et on commença par réparer l'iniquité qui résultait en donnant des actions en restitution*, et ceci de très bonne heure comme il fut dit. *On finit par donner à cette action en restitution une base contractuelle* et alors voici le contrat réel — avec transfert préalable — apparaissant.

Cette évolution s'accomplit successivement et distinctement pour le mutuum d'abord et pour les autres contrats ensuite.

On peut même — croyons-nous — nier le caractère de vrais contrats à l'ancien mutuum et à la fidu-

Assin., I, 3.20) et Tércence (*Andr.*, IV. 1.1.), Cicéron un siècle plus tard en fait un principe de la philosophie du droit (*De off.*, III, 5).

1. On a soutenu autrefois qu'on a sanctionné cette restitution par extension des règles du mutuum aux cas analogues de *payement* de l'indû et d'autres enrichissements sans cause où le débiteur *serait* tenu quasi ex contractu. Ce système est aujourd'hui abandonné. Savigny. *Traité*, t. IV, App. 14, pp. 513-517.

cie (1). Et à ce point de vue, les contrats réels d'apparition plus tardive se distinguent, comme on le verra tout de suite. On peut affirmer ceci en donnant au contrat le sens le plus sévèrement exact.

En effet le *mutuum* n'a pas de *nomen* en droit romain et les parties ne sont pas désignées par les qualificatifs d'emprunteur et de prêteur (2). Il se présente comme une opération à deux phases qui, réunies, constituent un seul tout conduisant au but poursuivi. *Le tout ne repose pas juridiquement sur un accord des volontés en vertu duquel tous les effets de droit s'accompliront. Le transfert est ici un acte juridique qui existe par lui-même et qui se trouve régi par les règles qui lui sont propres. Il constitue la première partie de cette opération et il sera suivi d'un engagement de transférer. Cette obligation de restituer est seule dans le mutuum ayant une base contractuelle.*

Le tout donc ne devrait pas être nommé contrat. Car nous entendons par contrat — au sens juridique strict — un accord des volontés des deux parties qui créent entre elles le rapport de droit dont les actes matériels accomplis ne sont que l'exécution de ces engagements consensuels. Si même une prestation serait

1. Il s'agit du *mutuum* dans la forme avec transfert de propriété et non pas du *mutuum* de la période classique dans lequel la *res* avait changé.

2. Gaston May, p. 259, n° 126, note 1.

nécessaire pour la validité de l'accord consensuel — ce qu'on peut concevoir au besoin comme élément légal d'existence d'un acte — celle-ci est faite en vertu et pour compléter l'accord des volontés qui, juridiquement, a une existence préalable suffisante. *Dans le mutuum, l'intention réciproque des parties d'accomplir un prêt repose nettement sur une entente entre elles; mais celle-ci se trahit en fait par deux actes au moyen desquels on atteint le but poursuivi. Ces deux actes ont chacun une existence distincte et ensemble réalisent le prêt mais ne constituent juridiquement pas le contrat de prêt.*

C'est le même raisonnement qu'on peut faire pour la fiducie dans laquelle également un transfert précède l'engagement consensuel de restituer. Ici aussi d'une façon plus évidente encore, le pacte de restitution se juxtaposera à l'aliénation. Le tout réalisera l'opération voulue, mais le tout ne sera pas juridiquement un contrat.

Dans les contrats réels nommés d'apparition plus récente, le commodat, le dépôt et le gage, les choses changent. La remise n'est pas un acte auquel on juxtapose un engagement de restituer, mais c'est une dation faite en vertu d'un accord qui a juridiquement une existence préalable. Et si cet accord consensuel n'a point d'efficacité aux yeux de la loi, c'est parce que le nu pacte en droit romain ne fait pas naître d'action. Mais ainsi non sanctionné ce pacte existe

préalablement et la remise suit pour lui donner force créatrice.

∴

Cette recherche de l'origine des contrats réels explique l'existence de cette catégorie de contrats en droit romain et le rôle attribué à la res. Comme il fut dit, l'élément réel n'est pas exigé dans ces contrats pour concrétiser l'accord consensuel. Dans ce cas et avec cette fonction, la prestation apparaîtrait comme symbolique et le contrat comme formel, ce qui n'est évidemment pas exact pour les contrats réels romains.

Ces contrats, créés par la pratique, se maintiendront chez les Romains avec ce caractère jusqu'à la fin. Et cette évolution inachevée — leur non-transformation en purs consensuels — s'explique par la persistance en droit romain, jusqu'à la fin, du principe de l'inefficacité juridique du nu pacte.

CHAPITRE II

La théorie classique des contrats réels comme système du Code civil français et comme système théorique.

Pour la plupart des auteurs — en droit français — les quatre contrats réels de dépôt, de gage, de prêt à usage et prêt de consommation *exigeraient pour la formation outre le consentement, encore une remise matérielle* (1). Ces contrats font donc exception au principe en vertu duquel le simple consentement à lui seul suffit pour créer des rapports juridiques d'obligation (2).

1. *Sic* Planiol, II, n° 995; Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n° 23, p. 21; Demolombe, XXIV, n° 31-32; Aubry et Rau, IV, p. 284, note 6; Larombière, I, p. 35; Laurent, XV, n° 445; Bufnoir, p. 462; Mourlon, II, n° 1.036; Colmet de Santerre, V, n° 9 *bis*, II; Poujol, I, n° 2, p. 45; Thiry, II, p. 551, n° 563. Pour ce qui est dit par les auteurs à propos de chacun des contrats réels, les renvois seront faits en parlant de chaque contrat.

2. C'est comme cela du moins qu'on présente ces contrats, quoique tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître la force créatrice du simple consentement. On s'exprime un peu de la sorte : « Les contrats réels sont ceux qui, outre le consentement des parties, *exigent*

Quant aux effets, ces contrats seraient *synallagmatiques imparfaits*, c'est-à-dire unilatéraux au début ; ils deviendraient bilatéraux par la suite.

Pour presque l'unanimité des auteurs *cette façon de concevoir les contrats réels est bien le système du Code civil français* (1). Pour une grande majorité, *ce système est encore rationnellement et théoriquement exact* (2). En effet, la nature des choses exigerait dans ces contrats une prestation comme élément de formation, car *une obligation de restituer va naître et celle-ci forcément ne pourra exister sans une remise réalisable*.

Avant de procéder à un examen critique de la question, nous allons essayer un exposé de la théorie classique des contrats réels tant comme système théorique que comme système légal. Ce développement sera complété par une étude comparative des contrats réels romains et des contrats réels modernes pour marquer les différences qui les distinguent.

pour leur perfection la tradition ou livraison de la chose, objet du contrat. » Baudry-Lacantinerie. *Précis*, II, p. 11.

1. MM. Vigie et Combescure contestent l'existence de ces contrats en droit français. Voyez Vigie, II, n° 10 bis; Combescure. *Rev. Critique*, 1903, p. 477 et suiv.

2. Parmi les partisans de la théorie classique des contrats réels comme système du Code français, il y a des auteurs qui admettraient volontiers l'existence de ces contrats comme purs consensuels en théorie. Voyez Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n° 23, p. 28.

§ 1^{er}. — La théorie classique des contrats réels comme système du Code civil français (1).

Voici comment les partisans de la théorie classique présentent la question des contrats réels dans son ensemble comme système de la doctrine du Code civil français et dans ses applications spéciales pour chacun de ces contrats.

Oui, en droit français, par différence du droit romain, l'accord des volontés — le consentement — à lui seul et indépendamment de toute forme ou prestation est créateur de rapports juridiques d'obligation. C'est cela le principe.

Il est fait exception à ce principe d'abord pour les *contrats solennels*, pour la validité desquels le consentement doit être exprimé dans des formes extérieures déterminées. Ces contrats sont d'ailleurs en très petit nombre en droit français. Il est fait ensuite exception à ce principe pour les *contrats réels* qui exigent, outre le consentement, encore une prestation (2).

Donc pour conclure valablement un contrat de

1. Nous exposons ici l'opinion qu'on adopte généralement et les arguments qu'on invoque à son appui.

2. Il faut noter qu'on classe habituellement les contrats solennels et les réels parmi les *contrats non consensuels*. Voyez Planiol, II, n° 991.

dépôt, de gage ou de prêt, *il faut que les parties aient d'abord consenti et outre cet accord consensuel il faut qu'une remise soit faite* par le déposant au dépositaire, par le prêteur à l'emprunteur, par le constituant du gage au créancier gagiste.

Mais comme en droit français le simple accord des volontés est pleinement efficace par lui-même au point de vue des effets, la convention par laquelle on conclut un de ces quatre contrats réels constitue déjà un contrat valable. Pourtant pour les partisans de la réalité cette convention n'est pas encore le contrat réel et ne doit pas être confondue avec ce dernier. Cette convention constitue seulement *une promesse de conclure le contrat réel. C'est par l'exécution de cette obligation — la remise étant accomplie — que le contrat réel se formera*. Et il se formera distinctement du premier *par la res prestita* et c'est cette remise qui vaudra formation du contrat. Il y aura donc deux contrats unilatéraux successifs, un consensuel et l'autre réel.

*
* *

Faisons application de ces principes aux différents contrats réels. *S'il s'agit d'un prêt — soit de consommation, soit à usage* — le rôle des parties sera différent dans les deux contrats (1). La première conven-

1. Baudry-Lacantinerie et Wahl, n^{os} 595-597, 603 et 700. Laurent, XXVI, n^{os} 453 et 454; XXVI, n^o 486. Troplong-Prêt, n^o 6; n^{os} 182 et

tion ayant pour objet la promesse de prêter rend débiteur le futur prêteur, le futur emprunteur devenant créancier. La tradition qui sera faite en exécution de cette promesse de prêt libère le promettant et vaut formation du contrat réel de prêt qui suit, d'où naîtra l'obligation de restituer à la charge de l'emprunteur.

Il en est de même au cas de *nantissement* (1).

Dans le *dépôt*, les choses se passent autrement (2). La promesse de recevoir la chose en dépôt oblige le futur dépositaire. C'est encore lui qui se trouve obligé par le contrat réel se formant ensuite par la remise de la chose en exécution du premier contrat. Par le premier, il s'oblige à recevoir ; par le second, il se libère de cette obligation en s'engageant de restituer.

*
* *

Quant aux effets, ces contrats sont, dans la doctrine du Code, *unilatéraux au moment de la formation*.
Du contrat il naît immédiatement, uniquement, une

183. Pont, I, nos 136 et 137 ; nos 12 et 13. Guillouard, *Traité du Prêt*, p. 8-10, nos 8 et 9 ; p. 80-81, nos 68 et 69 ; p. 285, n° 11. Planiol, II, nos 2047-2048.

1. Laurent, XXVII, n° 69. Baudry-Lacantinerie et Wahl, n° 1016. Planiol, II, nos 2204-2212.

2. Planiol, II, nos 2388-2439. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n° 6. Guillouard. *Traité du nantissement*, p. 23, n° 20. Troplong, *Nantissement*, nos 25-28. Laurent, XXVIII, n° 435.

obligation de restituer pour la personne à laquelle la chose a été remise.

Mais si cette personne fait des dépenses pour la conservation de la chose, l'autre partie sera obligée de l'indemniser. Et alors ce contrat unilatéral à l'origine devient ensuite synallagmatique par la naissance d'une obligation à la charge de l'autre partie jusqu'alors créancière en vertu du contrat.

Ce ne sont pourtant pas des vrais contrats synallagmatiques mais, comme on les appelle souvent, des *contrats synallagmatiques imparfaits*. Car il n'y a de vrais contrats synallagmatiques que ceux qui font naître des obligations à la charge et au profit des deux parties réciproquement ayant toutes pour source le contrat. Or, ici l'obligation qui apparaît postérieurement n'a pas pour source le contrat mais la loi.

Et d'après une opinion admise quasi unanimement aujourd'hui, ces contrats synallagmatiques imparfaits sont en définitive des unilatéraux ; car l'obligation d'apparition postérieure est légale et il ne faut par conséquent pas la compter parmi celles qui naissent du contrat.

L'obligation unique naissant du contrat *est de restituer* ; ou au moins si elle n'est pas unique, c'est la principale pour les partisans de la théorie classique.

De ce système du Code français, la jurisprudence en fait des applications conformes. Elle voit dans la remise une condition essentielle pour que le contrat réel existe comme tel. Mais dans le désir de donner effectivement à la res un rôle dans la conclusion valable du contrat, la jurisprudence est parfois tombée dans l'erreur de donner à la remise le caractère qu'elle avait en droit romain, mais qu'elle n'a plus dans le contrat réel théorie classique. Ainsi en matière de gage, la Cour de cassation—sur un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'Orléans du 21 décembre 1894 — se prononce pour la nécessité de la remise comme condition de validité du gage entre les parties et non pas comme condition exigée pour l'opposabilité du gage aux tiers (1). Nous allons nous occuper de cette interprétation donnée aux textes du Code en matière de gage un peu plus loin.

*
* *

Et comme on pourrait en douter de l'admission par le Code français de cette catégorie de contrats réels avec ce caractère (2), on présente à l'appui de

1. Voyez : Cass., 19 fév. 1894. Sirey, 1894, I, 273 avec une note de M. Lyon-Caen ; Besançon, 18 déc. 1895. Sirey, 1896, II, 71 ; et surtout Cass., 18 mai 1898. Sirey, 1898, I, p. 433, note de M. Lyon-Caen. Sur ce dernier arrêt M. Charmont. *Rev. critique*, 1899, p. 77.

2. Ainsi M. Vigie, *loc. cit.* ; et M. Combescure, *loc. cit.*

l'admission par le Code *les textes et la tradition*. Nous allons les passer en revue. Ce sera l'occasion de voir comment cette théorie pénétra dans le Code, quoique celui-ci érigeât en principe la force créatrice du simple consentement.

A. — *Les textes du Code.*

Des articles du Code civil, il résulte l'admission des contrats réels avec ce caractère, quoique les textes ne soient pas assez catégoriques et les travaux préparatoires laissent apparaître au moins quelque incertitude chez les rédacteurs du Code en cette matière.

Dans le chapitre premier du titre III, livre III^o (art. 1101-1107) le Code s'occupe de la division des contrats. Parmi les catégories qu'il énumère, les contrats réels ne figurent pas. Que peut-on déduire de ce silence ?

Si on se réfère aux travaux préparatoires voici ce qu'on trouve. Les trois projets que Cambacérès présenta successivement ne s'occupaient pas de la division des contrats (1). Le projet du Code civil présenté le 24 thermidor an VIII par la Commission du Gouvernement, dans le titre II, livre III, s'occupe de la division des contrats dans un chapitre préliminaire ; mais la catégorie des contrats réels ne fit

1. Fenet, I, p. 17, suiv., p. 110, suiv. et p. 178, suiv.

gure pas (1). Bigot-Préameneu, présentant au Conseil d'État le titre II, du livre III (titre III dans le texte définitif) du projet du Code civil, dit relativement à ce chapitre premier s'occupant de la division des contrats « que les dispositions du titre qu'il présente sont puisées en entier dans le droit romain en écartant cependant quelques subtilités qui le déparent » (2). Soumis à la discussion les articles formant ce titre préliminaire furent adoptés sans observations.

Dans l'exposé des motifs fait par Bigot-Préameneu conseiller d'État et orateur du gouvernement dans la séance du 6 pluviôse an XII (27 janv. 1804) sur ce titre du Code consacré aux contrats et obligations conventionnelles en général, celui-ci tâche de montrer que le Code civil français se trouvera débarrassé de toutes les divisions et subdivisions des contrats telles que les Romains le faisaient qui compliquent inutilement les choses. Voici ce qu'il dit : « Que les contrats n'ont été considérés dans ce dernier pays (3) que sous les rapports qui naissent de leur nature et dès lors on a pu les diviser en un petit nombre de classes (4). » Et après avoir énuméré la division des

1. Fenet, II, p. 159, suiv.

2. Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 11 brumaire an XII et Fenet, XIII, p. 3, suiv. (3 nov. 1803). Locré, t. XII, p. 134.

3. En France.

4. Locré, XII, p. 311 ; p. 314, nos 5 et 7 ; p. 318 ; Fenet, XIII, p. 213 et suiv.

contrats en synallagmatiques et unilatéraux commutatifs et aléatoires, de bienfaisance et à titre onéreux il dit: « Cette division facile à saisir et qui renferme tous les genres de contrats était nécessaire à placer à la tête de ce titre pour faire connaître que le Code rejette ou regarde comme inutiles toutes les autres distinctions et divisions établies par les lois romaines; c'est à la fois un point de doctrine et de jurisprudence (1). »

Ce silence des textes sur la catégorie des contrats réels et les travaux préparatoires pour ces textes suffisamment catégoriques autoriseraient à conclure que l'intention du législateur de 1804 a été d'éliminer du Code civil les contrats réels comme catégorie à part et de les traiter comme des simples contrats consensuels. Surtout que cette façon de voir des rédacteurs du Code serait bien en harmonie avec les principes qui régissent la formation des contrats. En effet, le Code accepte d'une façon presque absolue le principe de l'efficacité complète du consentement quant à la création de rapports d'obligation. Plus même l'accord des volontés est tout puissant — dans le Code — pour transférer et constituer des droits réels.

1. Locré, XII, p. 328; Fenet, XIII, p. 215 et suiv. Voir également le rapport sur ce t. II, fait au Tribunal par Favard (séance 13 pluviôse an XII); Locré, p. 422, suiv. et Fenet XIII, p. 312; le discours prononcé par Mousicault (séance du corps législatif, 17 pluviôse an XII) p. 550 et Fenet, XIII, p. 413, suiv.

Avec ces idées, il n'aurait été point étonnant de voir les rédacteurs du Code rejetant la classe des contrats réels.

Mais ce n'est pas ce qu'ils ont fait. Les textes consacrés à chacun des contrats réels laissent voir que le Code donne à ces contrats le sens qu'ils avaient dans l'ancien droit français. *Il garde donc implicitement la catégorie des contrats réels avec les traits caractéristiques que nous leur avons signalés.*

Ainsi en s'occupant dans le titre X du livre III du contrat de prêt, l'article 1875 définit *le commodat* : « un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi ». Et pour *le prêt de consommation*, l'article 1892 dit : « qu'il est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité ».

C'est surtout la façon de s'exprimer qui trahit le maintien — voulu ou non — par les rédacteurs du Code de la construction traditionnelle du contrat de prêt.

Au titre XI du livre III l'article 1915 définit le *dépôt* : « c'est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui à la charge de la garder et de la restituer en nature. » Et puis à l'article 1919 : « il n'est parfait que par la tradition réelle ou feinte de la chose dépo-

sée. » Ces articles sont assez catégoriques. Il y a pourtant l'article 1921 qui fait note discordante en s'exprimant ainsi : « le dépôt volontaire se forme par le consentement réciproque de la personne qui fait le dépôt et celle qui le reçoit. » On interprète cet article — pour sauver la conception réaliste ou contrat de dépôt — en disant qu'on veut opposer ici le dépôt volontaire au dépôt nécessaire, mais nullement pour faire du dépôt un contrat purement consensuel.

Bref, les articles du Code pour ce contrat autorisent les auteurs de conclure au maintien du caractère réel du contrat de dépôt.

Le *nantissement* fait l'objet du titre XVII du livre III du Code. A l'article 207, il est défini « un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette ». Cette définition est parfaitement dans le sens de la théorie classique des contrats réels.

Remarquons — ce qui n'est pas sans importance — que le Code en donnant les définitions de ces contrats, pour trois sur quatre, il parle de l'obligation de restituer comme la principale naissant du contrat. Cela pourrait encore plaider suffisamment pour le maintien par le Code de la théorie traditionnelle.

Les travaux préparatoires pour ces textes ne nous apprennent pas grand'chose, sinon en matière de gage, où on en trouve quelques indications assez précises.

Pour les *contrats de prêt* (1) le titre XI du livre III du projet présenté au Conseil d'État par Salli dans la séance de 7 pluviôse an XII (28 janvier 1804) lorsque l'examen du projet tomba sur les articles 1898-1901 formant la section II du chapitre II intitulée : « Des obligations du prêteur », Regnaud de Saint-Jean-d'Angély fit une observation générale sur la totalité de la section en disant « qu'elle est intitulée : « Des obligations du prêteur » et que cependant — suivant Pothier — le prêt n'impose des obligations que pour l'emprunteur » (2). Berlier observa qu'en effet on pourrait supprimer la section II en plaçant ailleurs l'article 25 (1891 actuel). Tronchet « fut d'avis que l'article doit être conservé car on est forcé de reconnaître que le prêt impose des obligations au prêteur ; et même ce n'est point là l'unique engagement auquel ce contrat le soumet car l'article 26 (1892 actuel) ne lui permet pas de retirer la chose prêtée avant le terme convenu. »

Il s'ensuit une observation sans importance après

1. Voir le projet présenté par la commission du gouvernement le 24 thermidor an VIII, Fenet II, p. 379 et suiv.

2. Voir procès-verbaux de la séance, Fenet, XIV, p. 425 et suiv ; Locré XV, p. 13 et suiv.

quoi le consul Cambacérès dit « que Pothier pense que le contrat de prêt étant unilatéral ne soumet directement le prêteur à aucune obligation; que néanmoins, comme ce contrat doit être exécuté de bonne foi, il impose au prêteur des devoirs. » Le conseil a maintenu la section II du chapitre II.

Il est à remarquer que les articles 18-19 (actuellement 1888-1891) forment la section III du chapitre 1^{er}, intitulée : « Des engagements de celui qui prête à usage » et examinée un peu avant fut adoptée sans discussion, quoiqu'on aurait dû se poser la même question.

Communication officieuse de ce titre X (XV dans le projet) étant faite à la section de législation du Tribunal, les discussions portèrent sur la section III consacrée aux engagements de l'emprunteur. L'article 29 fut changé et au lieu de dire : « le premier engagement de l'emprunteur est de rendre les choses prêtées... » on dit tout simplement : « l'emprunteur est tenu de rendre... », car on observa qu'en disant : « le premier engagement... » ce serait faire attendre d'autres (1).

Pour le *contrat de dépôt* il n'y a à signaler dans les travaux préparatoires qu'une observation dans

1. Observations de la section de législation du Tribunal; Fenet, XIV, p. 443; Locré, XV, p. 29 et suiv; Voir encore Fenet, XIV, p. 444, 449 suiv., 456; Locré, XV, p. 32, 34, 43, suiv., 53, suiv.

l'exposé des motifs, faite par Réal en présentant le titre XVI au corps législatif dans la séance du 18 ventôse an XII (9 mars 1804) sur le dépôt nécessaire, pour lequel il dit : « qu'il ne s'agit plus d'un contrat, mais plus exactement d'un quasi-contrat fondé sur la nécessité et méritant la protection de la loi (1). »

Pour *le gage*, les travaux préparatoires sont plus féconds en renseignements. Le titre XVIII du livre IV du projet du Code civil présenté au Conseil d'État par Berlier dans la séance du 10 ventôse an XII (1^{er} mars 1804), dans l'article 1^{er} (207 actuel) donne au nantissement une définition presque identique à celle qui passa dans le texte définitif. On adopta cet article sans discussion (2).

Dans l'exposé des motifs qui accompagnait ce titre XVIII consacré au nantissement lors de la présentation au Corps législatif par Berlier dans la séance du 22 ventôse an XII (13 mars 1804), après avoir défini le nantissement « un acte par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette », il ajoute : « ainsi la mise effective du créancier en possession de la chose appartenant à son débiteur est de l'essence de ce contrat. Sans cette mise en possession, il peut bien, surtout en matière immobilière, exister des affectations propres à assurer les

1. Fenet, XIV, p. 507, Locré, XV, p. 122, suiv.

2. Fenet, XV, p. 192 et suiv. Locré, XVI, p. 10 et suiv.

droits du créancier ; telles sont les hypothèques qui ont leurs règles particulières ; mais les hypothèques ne doivent point être confondues avec le nantissement (1). »

Et ensuite à propos de *l'antichrèse* il dit : « qu'elle consiste dans la remise que le débiteur fait à son créancier d'une chose immobilière pour assurer le payement de la dette (2). »

Dans le discours que prononça le tribun Gary devant le corps législatif présentant ce titre XVIII du livre III dans la séance du 25 ventôse an XII (16 mars 1804) et qui est le même que le rapport fait par Gary au Tribunat, il dit : « qu'il n'est question ici que du nantissement, c'est-à-dire du contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette. C'est la définition que donne le projet de loi et elle est aussi claire que précise. La remise de la chose au créancier par le débiteur est de l'essence de ce contrat ; son objet est la sûreté de la dette. »

Les partisans de la théorie classique des contrats réels trouvent dans les textes du Code et dans les travaux préparatoires des indications suffisantes pour qu'ils soient autorisés à conclure comme ils le font.

Nous faisons plus loin pourtant quelques réserves

1. Fenet, XV, p. 204, Locré, XVI, p. 21 et suiv.

2. Fenet, XV, p. 205.

sur les contrats réels comme système du Code sans nier le fait même de l'adoption par le Code de la théorie classique. Car malgré les doutes qui pouvaient planer en présence des quelques contradictions rencontrées à l'occasion de l'élaboration de ces textes, relatives aux contrats réels, l'acception de cette théorie par le Code est certaine. Et dans *la tradition* du Code pour ces contrats — étude que nous allons aborder immédiatement — nous trouverons un argument nouveau à l'appui de cette affirmation.

B. — *La tradition.*

Les contrats réels dans le Code civil français sont une survivance de l'ancien droit. *Le Code les admettant suit la tradition* (1). Et en voici les preuves:

Domat nous parle des contrats réels comme exigeant pour la formation la tradition de la chose (2). *Pothier* qui inspira les rédacteurs du Code, dans son *Traité des obligations*, dit : « On divise les contrats en ceux qui se forment par le seul consentement des parties et qui pour cela sont appelés contrats consensuels tels que la vente, le louage, le mandat, etc., et ceux où il est nécessaire qu'il intervienne quelque chose outre le consentement : tels sont les contrats

1. Opinion généralement admise. Les dissentiments ~~sont~~ rares. Voyez contre : Combescure, *Rev. critique*, 1903, p. 451.

2. *Domat. Lois civiles*. Ed. Remy, 1^{re} partie, livre I^{er}, t. I, sec. I, n° 9 (I, p. 126) et t. 5, sec. II, n° 3 (I, p. 226).

de prêt d'argent, de prêt à usage, de dépôt, de nantissement, qui par la nature du contrat exigent la tradition de la chose qui est l'objet de ces conventions. On les appelle contrats réels (1). »

Ensuite Pothier en s'occupant du *prêt à usage* (2), du *prêt de consommation* (3), du *dépôt* (4) et du *nantissement* (5), présente ces contrats tels que le Code les acceptera.

L'influence qu'exerça Pothier sur les rédacteurs

1. Pothier. *Traité des obligations* dans *Œuvres de Pothier* annotées par Bugnet, t. II, p. 10, n° 10.

2. Il le définit « un contrat par lequel un des contractants donne gratuitement à l'autre une chose pour s'en servir à un certain usage, et celui qui la reçoit s'oblige à la lui rendre après qu'il s'en sera servi ». *Traité du Prêt à usage* dans *Œuvres de Pothier* annotées par Bugnet, t. 5, p. 3 ; Ed. Dupin, IV, n° 6, p. 4.

3. Il dit : « Le contrat de prêt de consommation est celui qu'on appelle mutuum. On peut le définir un contrat par lequel un des contractants donne et transfère la propriété d'une somme d'argent ou d'une certaine quantité d'autres choses qui se consomment par l'usage à l'autre contractant qui s'oblige de lui rendre autant » : Pothier, *Prêt de consommation* dans *Œuvres* annotées par Bugnet, t. 5, p. 39 et suiv. ; Ed. Dupin, IV, n° 20, p. 59.

4. Pothier, *Dépôt* dans *Œuvres* annotées par Bugnet, t. 5, p. 121, suiv. ; Ed. Dupin, IV, p. 153, n° 7 ; définit le dépôt « est un contrat par lequel un des contractants donne une chose à garder à l'autre qui s'en charge gratuitement et s'oblige de la rendre lorsqu'il en sera requis. » Comparer définition article 1915, C. civ.

5. Il définit le nantissement « une espèce de gage qui se contracte par la tradition qui est faite au créancier de la chose qu'on lui engage ». *Nantissement* dans *Œuvres* annotées par Bugnet, t. 9, p. 481 ; Ed. Dupin, IV, nos 8 et 13, p. 607 et 609. Comparer déf. art. 207, C. civ

du Code est indiscutable. Suivie souvent, son autorité fut bien des fois décisive dans les solutions à donner aux questions douteuses. Et quant aux contrats réels, il n'y a point de doute. Le Code maintient le système des contrats réels de l'ancien droit français et conformément à la tradition.

*
* *

Une question resterait à être examinée : celle de savoir d'où le droit français tient ces contrats réels.

Le principe que l'accord des volontés par lui-même et indépendamment de la forme dans laquelle il se trouve exprimé ou d'une prestation est créateur de rapports de droit, on le trouve comme un axiome courant chez les principaux coutumiers du XIII^e siècle (1).

Dans le très ancien droit coutumier en France — antérieurement au XIII^e siècle — le consentement ne suffisait pas pour obliger (2) et les contrats ne liaient les parties que lorsqu'un signe extérieur ou une prestation totale ou partielle, réelle ou symbolique, survenait pour attester l'existence du contrat. Ce sont les coutumes de l'époque franque qui règnent dans le très ancien droit coutumier français.

1. Esmein, *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 5. Loysel, *Inst. coutumières*, III, t. I, règle 2. Beaumanoir, XXXIV, 17. Viollot, *Histoire du droit civil français*, p. 601.

2. Esmein, *op. cit.*, p. 20 et suiv. où l'on peut trouver de nombreux renseignements sur la question. Viollot, *op. cit.*, p. 599 et suivantes.

Le principe nouveau de la force créatrice du simple consentement apparaissant ainsi au XIII^e siècle d'où a-t-il été pris par les juristes de ces temps ?

Deux hypothèses se trouvent en présence. *D'abord il se pourrait que ce principe ait une origine germanique.* Cette opinion surtout partagée par la science allemande se trouve sérieusement contredite par les recherches récemment faites (1). *Puis ce principe pourrait avoir une origine romaine — quoique les Romains ne l'ont jamais connu comme règle — mais comme exception.* Cette opinion est partagée par M. Esmein et la grande majorité des juristes français (2).

Le droit romain donne ainsi au droit français ce que lui-même n'avait pas. Et c'est par une fausse interprétation du droit romain préparée par le droit canonique que ce résultat fut atteint (3).

Nous partageons cette manière de voir qui semble la seule acceptable et à l'appui de laquelle il est donné des preuves suffisantes.

Les influences romaines furent d'ailleurs très grandes quant à l'édification de la théorie des contrats

1. Nous ne pouvons donner ici plus d'étendue à la question. Voyez Esmein, *op. cit.*, n° 6 (surtout n° 1 et suiv.) et les auteurs qu'il cite.

2. M. Viollet estime que la décadence du formalisme et l'apparition du principe nouveau sont dues aux influences combinées — droit romain et canonique, *op. cit.*, p. 594 et suivantes.

3. Esmein, *op. cit.*, p. 34.

dans l'ancien droit français (1). Cette matière savamment travaillée par les juristes romains servit de modèle aux grands maîtres Domat et Pothier. Sans doute on débarrassa toute cette théorie des contrats des complications inutiles par la suite de l'introduction du principe de l'efficacité complète du pacte. Quant aux effets de droit naissant, la classification romaine en quatre grandes classes — *re, verbis, lit-teris et solo consensu* — fut abandonnée.

Pourtant, on garda la catégorie des contrats réels. Par quelque ressemblance qu'il y a entre les contrats réels romains et ceux de l'ancien droit français, il est permis de dire que ces contrats sont dans l'ancien droit français une survivance romaine. Et ce malgré que le trait caractéristique capital est tout différent dans les contrats romains et dans les contrats *re* de l'ancien droit français. Chez les Romains la *res* donnait au pacte la force créatrice qu'il n'avait pas, tandis que dans l'ancien droit français le pacte constituait une source d'obligations.

Voici comment on pourrait expliquer l'origine romaine de cette théorie des contrats réels dans l'ancien droit français malgré que ces contrats diffèrent énormément dans les deux législations.

En introduisant le nouveau principe de la force créatrice complète du simple accord des volontés on

1. Viollet, *op. cit.*, p. 60.

supprima le formalisme qu'on réserva à titre exceptionnel pour un petit nombre de contrats. Les contrats réels en droit romain n'étaient pas des contrats formels et la res était une condition indispensable pour qu'on sanctionnât ces contrats. Dans l'ancien droit français, ce n'est plus ce rôle qu'avait à jouer la res. Mais les commentateurs l'ont gardée sans doute comme une condition de fond conforme à la nature de ces contrats, une obligation de restituer devant naître, de sorte que tout en reconnaissant force créatrice au simple pacte dans ces contrats — en s'éloignant par là du droit romain conformément aux principes qu'ils avaient admis — on garda la dation comme condition indispensable pour la formation du contrat.

On supprima la dation comme élément de formation dans les contrats réels innomés, car là il n'y avait plus la même raison de la maintenir.

Donc les contrats réels du Code civil français sont une survivance des contrats réels de l'ancien droit français et celui-ci à son tour les tient — avec quelque différence — du droit romain.

Il est à remarquer pourtant que la *théorie des contrats réels actuels* n'est plus la même, — que la théorie romaine des contrats réels — vu la différence fondamentale qui sépare ces deux législations.

§ 2. — La théorie classique des contrats réels
comme système théorique.

L'envisageant uniquement sur le terrain des principes et indépendamment son adoption par le Code les partisans de cette théorie lui trouveraient un sérieux fondement technique. Ils justifieraient la nécessité de la remise comme élément de formation et expliqueraient l'insuffisance du simple consentement.

Tout contrat réel aurait toujours et nécessairement comme premier élément constitutif — quoique non unique — le consentement des parties contractantes. Un accord de volonté se trouve ainsi à la base de ces contrats. Et c'est outre ce consentement que la remise est exigée. Donc, accord des volontés des parties et remise d'une chose, voilà les deux éléments constitutifs du contrat.

La question — la res — n'est pas une solennité, elle ne joue pas le rôle d'une formalité symbolique dans la conclusion du contrat. Cette remise est réelle et sérieuse ; la res apparaît donc comme une condition de fond et non pas comme un élément formel.

Quant au rôle de la res dans la conclusion du contrat, on lui attribue celui d'être le fait générateur de l'obligation de restituer. Et si les auteurs ne le disent pas aussi carrément lorsqu'ils parlent des contrats

réels, ils le font à propos de la théorie de la cause. Contestant à la remise le rôle de cause de l'obligation de restituer, les adversaires de cette théorie lui attribuent celui de fait créateur de cette obligation (1).

Mais pourquoi cette remise indispensable?

Dans les contrats réels, *elle serait exigée par la nature des choses. Une obligation de restituer devra naître, or on ne peut la concevoir que si une dation préalable a eu lieu.* En effet, l'on dit, qu'est-ce qu'on pourrait réclamer à un dépositaire si la chose ne lui a pas été confiée? que pourrait-on réclamer à un emprunteur si la chose prêtée ne lui a pas été remise (2) ?

C'est à notre connaissance *la justification théorique unique* qu'on donne à la théorie des contrats réels.

*
* *

Voici maintenant une des conséquences théoriques de cette façon de construire et comprendre le contrat réel — conséquence admise par les partisans de la théorie classique.

Quant à la conclusion du contrat, les choses peu-

1. Planiol, II, p. 344, n° 1038.

2. M. Planiol exprime ainsi les idées de la théorie classique. « D'après la théorie classique, la nature des choses exige quelquefois pour la formation du contrat un élément autre que le consentement... » II, p. 331, n° 955.

vent se passer de deux façons différentes, ce qui nous amène à distinguer nettement deux hypothèses : Ou la prestation est faite à un intervalle de temps infiniment bref du consentement et alors on est en présence du contrat réel complet et définitif comme acte juridique. Il est à remarquer que *c'est un contrat unique qui est conclu dans cette hypothèse*, constitué des deux éléments consensuels réels. Ou la prestation n'est faite que plus tard, un espace de temps appréciable séparant l'accord consensuel de la remise.

Dans ce dernier cas, *il n'y a plus un seul contrat* dont les deux éléments de formation se soient succédé, la remise complétant le consentement. Mais *il y a deux contrats unilatéraux conclus successivement. Le premier purement consensuel qui fait naître l'obligation de contracter le contrat réel. Le second c'est le contrat réel qui se trouve conclu par la remise faite en exécution du premier contrat purement consensuel.*

On aboutit ainsi à voir dans le contrat réel avant que la prestation soit faite et tant qu'il n'y a que simple accord consensuel *un contrat préparatoire du futur contrat réel (un avant-contrat)*. On fait même des contrats réels une des applications des plus fréquentes et des plus importantes de la théorie des contrats préparatoires (avant-contrats) que voici en quelques mots (1) :

1. La théorie des contrats préparatoires est assez peu connue dans la doctrine française. Il n'y a qu'un seul ouvrage qui s'en occupe,

On peut distinguer parmi les contrats *ceux qui ont leur raison d'être en eux-mêmes et qu'on pourrait nommer contrats définitifs* et d'autres qui ne font naître que l'obligation de contracter un futur contrat, qui jouent un rôle transitoire et qu'on pourrait nommer *contrats préparatoires*.

Ces contrats diffèrent entre eux comme contenu et comme construction juridique. *Du contrat définitif naît l'obligation même qui, par l'exécution, atteindra le but que les parties ont eu en vue en contractant. Tandis que dans le contrat préparatoire du contrat, il ne naît que l'obligation de contracter le futur contrat et c'est de celui-ci que va naître l'obligation par l'exécution de laquelle le but final voulu par les parties se trouve atteint.*

Le rôle du contrat préparatoire est donc de préparer la conclusion d'un futur contrat.

Voici ses caractères. Le contrat préparatoire est tout d'abord un contrat. Donc pour tout ce qui le

c'est celui de M. Leduc. (Thèse Paris, 1909). Cet auteur emploie le terme *avant-contrat* pour dénommer le contrat préparatoire. Nous lui préférons celui de *contrat préparatoire* qui est beaucoup plus exact et a l'avantage de ne pas laisser sous-entendre préliminaires de contrat ; le terme « avant-contrat » pourrait être trompeur car il veut dire absence de contrat, or, ici il y a déjà un contrat mais qui n'est pas définitif. M. Saleilles l'emploie déjà avant M. Leduc en même temps que le mot « préliminaire » avec le même sens. *Rev. trimestrielle*, année 1907, p. 706. Voyez également Coviello. *Dei contratti preliminari nel diritto moderno*.

concerne il faut se rapporter aux principes régissant la conclusion du contrat. Il est définitif à un point de vue et il est créateur quant aux effets de droits naissants. Son caractère préparatoire réside dans le rôle que ce contrat joue dans la création du rapport de droit définitif. On peut donc le définir *un contrat qui fait naître l'obligation de conclure un contrat futur*.

Quant à la nature juridique du droit naissant du contrat préparatoire, à l'exécution de l'obligation de faire qui naît de ce contrat, à la possibilité qu'il soit synallagmatique ou s'il n'est pas toujours et exclusivement bilatéral — ce sont toutes des questions autant discutées auxquelles il n'est possible de donner ici aucun développement (1).

L'application de cette théorie aux contrats réels sera écartée, comme on le verra plus loin, de deux façons : *D'abord* par nos conclusions dans le sens du caractère pur consensuel des prétendus contrats réels. *Ensuite*, par l'analyse du caractère du contrat pur consensuel dans le contrat réel qui n'est pas toujours et forcément par ce fait même préparatoire ; il pourrait avoir ce caractère dans certains cas, mais alors c'est pour d'autres motifs.



1. Voir sur la question : Leduc, Thèse citée, pp. 28, 30 et suiv.

Sur l'obligation de restituer naissant des contrats réels, un des partisans de la théorie classique des contrats réels fait une réserve qui n'est pas toujours aussi nettement avouée, mais qui se trouve être une suite forcée — croyons-nous — du rôle attribué à la res dans la conclusion du contrat. En effet, M. Planiol dit « que l'obligation de rendre qui pèse sur le dépositaire, l'emprunteur et le gagiste, n'est pas véritablement une obligation conventionnelle ; elle naît re, c'est-à-dire du fait de la possession de la chose d'autrui et elle prendrait également naissance si cette chose était venue aux mains de son détenteur actuel sans le fait de son propriétaire (1). »

Donc, pour M. Planiol, *cette obligation de restituer aurait plus exactement une origine légale et non pas contractuelle*, car M. Planiol estime « qu'il n'y a de véritables obligations conventionnelles que celles qui n'existeraient pas si les parties ne les avaient pas fait naître par un acte spécial de leur volonté (2). »

Sur cette manière particulière de concevoir l'obligation de restituer dans les contrats réels — qui touche en même temps une question de principes plus générale dont il est fait ici une application — il sera fait plus loin un examen détaillé.

Rappelons qu'on attribue à la res dans les contrats

1. Planiol, II, n° 996.

2. *Ibidem*.

réels un autre rôle encore, celui d'être la cause de l'existence valable de l'obligation de restituer.

On sait en effet que certains auteurs et le Code français font de la cause une condition de validité pour la naissance des obligations conventionnelles. Dans le contrat réel, c'est la remise qui est la cause de l'obligation de restituer. On aboutit par là à donner à la remise le double rôle d'élément de formation (fait générateur) et de cause.

Nous allons consacrer à l'examen de cette question un chapitre spécial.

§ 3. — La théorie classique des contrats réels et les contrats re du droit romain.

Le contrat réel tel qu'il est construit en droit moderne par la théorie classique diffère profondément du contrat re romain.

Il y aurait de commun la nécessité d'une prestation dans la formation du contrat. Mais cette prestation joue dans la conclusion du contrat réel moderne un rôle tout à fait différent de celui qu'il a dans le contrat re romain.

Chez les Romains, la remise est une condition indispensable pour la validité du pacte même, qui, sans cela, n'est pas sanctionné et ne constitue pas un contrat. Tandis qu'en droit moderne — pour la théorie classique — la remise tout en n'étant plus une con-

dition de validité de l'accord des volontés est pourtant nécessaire pour l'existence du contrat réel comme tel et pour faire naître l'obligation de restituer.

Ce sont les différences de principes en matière de conclusion des conventions — distinguant nettement la législation romaine des législations modernes — qui expliquent le rôle différent de la res dans les contrats réels construits par ces deux législations.

Ce trait signalé suffit pour opposer nettement le contrat réel moderne — théorie classique — au contrat romain, entre lesquels il n'y a aucune ressemblance technique.

Il y a pourtant entre ces deux théories une assez grande ressemblance quant aux obligations naissant de ces contrats. Le contrat réel moderne — théorie classique — est unilatéral comme le contrat romain. Il ne devient synallagmatique que par la suite et on le nomme pour cela synallagmatique imparfait.

L'obligation principale et unique naissant du contrat romain était celle *de restituer*. Elle est encore celle du contrat réel moderne — théorie classique — comme il fut dit déjà. Cette ressemblance, quant aux effets, n'est pas pourtant un indice suffisant pour faire un rapprochement des deux théories qui diffèrent par ailleurs profondément.

CHAPITRE III

Analyse critique de la théorie classique des contrats réels.

L'exposé que nous venons de faire de la théorie classique des contrats réels et la reconstitution de ces contrats aux deux points de vue théorique et légal, permet d'aborder maintenant l'examen critique de ces contrats.

Nous verrons tout d'abord *combien cette théorie est inexacte en elle-même, fausse dans ses conséquences et incohérente comme système.*

Ensuite, nous allons faire un examen critique de la théorie au point de vue unique du Code français pour voir *si l'admission par ce Code de la théorie classique peut être mise en doute ; et si non, quel est d'une façon exacte le régime légal de ces contrats en droit français.*

SECTION I

Vices de la théorie classique. Son inexactitude.

La théorie classique des contrats réels avec la construction qu'elle fait de ces contrats affirme des choses et inexactes et inacceptables. Elle aboutit par la suite à des conséquences totalement fausses. Enfin, comme système théorique, elle se contredit.

C'est à ces trois chefs d'accusation que nous ramenons toutes les observations critiques et les reproches que nous faisons à la théorie classique.

§ 1. — Inexactitudes.

On donne à l'acte matériel de remise un rôle qu'il ne peut pas avoir dans la conclusion du contrat dans les conditions qu'on le lui attribue.

En effet un acte matériel — un fait d'une façon générale — ne peut pas jouer dans la conclusion ou l'existence d'un contrat qu'un de ces trois rôles suivants :

a) Ou de l'acte matériel on fait dépendre l'efficacité créatrice de l'accord consensuel même — sans lequel le consentement n'a aucune valeur comme source, c'est le cas des contrats réels romains ; b) on en fait dépendre d'un acte matériel l'opposabilité de l'acte juridique — donc son existence envers les tiers. C'est

le cas par exemple de la convention par laquelle on constitue un droit réel de gage sur une chose meuble (pour laquelle le Code français exige en outre — toujours comme condition d'efficacité du gage envers les tiers — la rédaction d'un écrit, art. 2074 et 2075, C. civ.) ; c) ou enfin si l'acte matériel est un fait externe à la convention, il joue le rôle de condition. Bien entendu, il faudra qu'il remplisse en outre les deux autres qualités exigées pour qu'il ait ce caractère, c'est-à-dire qu'il soit futur et de réalisation incertaine.

Dans le contrat réel, théorie classique, on n'attribue à l'acte matériel déterminé aucun de ces rôles — tout en lui donnant pourtant celui d'élément de formation

La remise en effet ne communique pas au consentement la force créatrice. Puis de la remise ne dépend point l'efficacité du contrat envers les tiers, car nous voyons qu'on en fait de la remise un élément d'existence du contrat même entre les parties. Enfin la remise ne joue pas le rôle de condition et ceci pour deux raisons : *D'abord* la condition est un événement futur et de réalisation incertaine — ajoutons externe — duquel dépend l'existence d'un acte juridique ; ce n'est pas le cas ici, notamment le caractère intrinsèque du fait de la remise — sur lequel nous allons nous expliquer plus loin. *Ensuite*, si on attribuait à la remise le rôle de condition, on reconnaîtrait forcément l'existence d'un engagement consensuel à la base de l'obligation de restituer — par rapport auquel

la remise jouerait ce rôle ; or, les partisans de la théorie classique ne reconnaissent point un pareil engagement conventionnel — comme il sera démontré plus loin — et même ils sont forcés de l'ignorer avec la conception qu'ils se font du contrat réel.

Et alors quel est le rôle qu'on donne à la remise comme élément de formation ? *La théorie classique lui donne celui d'être le fait générateur de l'obligation de restituer.*

Or, ceci est théoriquement inacceptable. Car *dire que la remise crée l'obligation de restituer c'est affirmer que c'est la loi qui est la source de cette obligation de restituer, donc c'est faire de cette obligation une obligation légale.* Et voici comment :

Toutes les obligations naissent de deux grandes sources : le contrat et la loi. Il y a contrat, lorsque les parties ont créé le rapport d'obligation par leur volonté. En dehors et en absence de contrat, les obligations ont pour source la loi qui les fait naître pour des raisons diverses et pour atteindre des buts différents. Un des cas où la loi a créé à la charge d'une personne une obligation c'est celui où, par suite de l'accomplissement d'un fait injuste, elle cause un préjudice à une autre ; ou encore le cas dans lequel une personne détient une chose sans cause, elle est obligée de restituer. La dernière de ces hypothèses serait justement le cas de l'obligation de restituer dans les contrats réels. *Par la suite de la remise faite une*

personne se trouve tenir une chose appartenant à autrui et c'est à raison de cette détention qu'elle est obligée de restituer. C'est à peu près cela la conception de la théorie classique sur la remise et l'obligation de restituer qui naît.

Or, de la sorte, c'est la volonté de la loi qui crée l'obligation, c'est la loi qui est la source et l'obligation de restituer est légale. Nous verrons d'ailleurs qu'il y a parmi les partisans de la théorie classique quelques-uns qui affirment nettement le caractère légal de cette obligation.

Ce caractère légal de l'obligation de restituer n'est ni exact, ni acceptable. Cette obligation de restituer, comme il sera démontré un peu plus loin, n'est pas légale, ne peut pas être légale et ne doit pas être légale. Si cette obligation est légale — par le rôle attribué à la remise — cet acte ne peut pas être tenu pour un élément de formation du contrat réel.

Et alors, la remise n'ayant pas dans la conclusion du contrat réel, pour les partisans de la théorie classique, un des rôles que théoriquement elle pourrait jouer ; en même temps, le rôle qu'on lui attribue n'étant pas acceptable, à cause du caractère légal qui aurait dans ce cas l'obligation de restituer, il résulte que l'acte de remise n'a pas et ne peut pas avoir dans la conclusion du contrat le rôle d'élément de formation. La théorie classique est donc sur ce point complètement fausse.

*
* *

Mais voici une autre inexactitude encore :

Pour la théorie classique, il ne se trouve à la base de l'obligation de restituer aucun engagement conventionnel conforme dont la restitution soit l'exécution.

Cette ignorance complète de l'engagement consensuel dans l'obligation de restituer et qui apparaît comme une idée et forcée et admise par les partisans de la théorie classique, n'est point permise. *Elle apparaît comme une conception admise*, car nulle part, nous ne voyons dans l'exposé de cette théorie qu'on fasse entrer en ligne de compte quant à la naissance de cette obligation un élément consensuel quelconque; la remise à elle seule crée cette obligation. Mais *elle apparaît comme une conception forcée*, car si on avait mis un consentement à sa base, on aurait dû faire jouer à la remise un rôle par rapport à ce consentement. Dans ce cas, la remise n'aurait plus pu avoir le caractère d'élément de formation.

Or, *l'existence d'un consentement à la base de cette obligation de restituer peut être prouvé et doit être admis.*

On peut en faire la preuve d'abord au moyen d'un argument *a contrario* que voici. L'obligation de restituer n'ayant pas à sa base un consentement con-

forme préalable est forcément une obligation légale. Or, cette obligation — comme il sera démontré — n'est pas et ne doit pas être ici légale.

Mais on a des preuves directes. *L'examen de l'obligation de restituer laisse voir l'existence d'un consentement à sa base qui détermine et ses conditions d'existence et son étendue.*

L'obligation de restituer à la base une réglementation conventionnelle détaillée quant à l'objet à restituer, à l'époque et aux conditions de la restitution. Ainsi elle sera faite à un terme fixé ou au jour de la réalisation ou de la défaillance d'une condition, ou sur la demande de la partie ; elle sera faite en une seule fois ou dans une série d'annuités ou d'atons, etc., par exemple dans le prêt d'argent la restitution de la somme prêtée pourra se faire dans une série d'annuités déterminées avec précision et d'avance ; pour le gage l'obligation de restituer ne s'exécutera qu'à la suite du paiement de la dette, etc.

Avec la conception rigide de la théorie classique qui veut voir cette obligation de restituer naissant uniquement de la dation et sans que la volonté de la partie obligée entre en ligne de compte dans son existence, on ne peut pas expliquer cette restitution opérée dans des conditions spéciales et variables pour chaque cas à part. Et on ne peut pas expliquer ça, parce qu'ici on n'a pas affaire avec une simple restitution d'une chose appartenant à autrui, mais avec

une obligation différant totalement comme détails et comme fondement.

La théorie classique nie et refuse de voir un engagement conventionnel à la base de l'obligation de restituer et *pourtant dans des hypothèses analogues où il y a également remise d'une chose pour être restituée à la fin du contrat on admet le caractère conventionnel de l'obligation de restituer et on ne voit pas dans la remise un élément de formation.*

Pourquoi ces conceptions différentes pour des hypothèses identiques sans que pourtant rien ne justifie la contradiction ?

Parmi les hypothèses analogues, prenons *le louage* qui a d'énormes ressemblances avec deux de nos contrats réels, prêt de consommation et prêt à usage. On sait que le louage est le contrat par lequel une personne s'engage de procurer à une autre la jouissance temporaire d'une chose moyennant un prix proportionnel au temps. La location peut avoir pour objet : des choses, le travail ou des capitaux. Quant aux obligations naissant du contrat, *nous trouvons à la charge du preneur, parmi d'autres, celle de restituer la chose à la fin du bail. Cette obligation de restituer, comme il est admis unanimement, est ici née du contrat consensuel de louage même et la remise de la chose ne joue aucun rôle dans la formation du contrat, ni ne constitue le fait générateur de cette obli-*

gation de restituer. Mais on tient cette obligation comme existant avant toute remise et on n'objecte nullement, comme on fait pour les contrats réels, que du moment qu'il s'agit de l'obligation de restituer on ne peut pas concevoir le contrat existant sans dation préalable.

Si pour le dépôt et le gage, il n'y a que quelque ressemblance avec cette hypothèse de louage, pour les deux autres contrats, prêt à usage et prêt de consommation, il y a plus que ressemblance *car ces deux contrats sont en somme des variétés du louage.*

En effet, *le commodat, c'est le louage gratuit des choses non consommables* ou qui malgré leur nature consommable n'en sont pas à raison de l'usage propre auquel elles sont destinées. La seule différence existant entre le commodat et le louage, c'est le caractère gratuit du premier. *Quant au prêt de consommation* dont le prêt à intérêt est une des plus fréquentes et principales applications, quoique l'usage ne l'assimile pas au louage, il en est un pourtant et les économistes lui en reconnaissent la nature. L'unique différence c'est le caractère consommable des choses faisant l'objet de l'opération et qui entraîne le transfert de la propriété de ces choses et l'obligation de restituer des semblables au lieu des choses mêmes.

Et alors, en présence de ces conceptions et solutions différentes pour des contrats qui constituent des hypothèses analogues à nos contrats réels, plus

même, identiques pour deux de ces contrats, il est forcé de se demander *quels sont les motifs pour lesquels on a fait ces différences ? Pourquoi cette contradiction ?* car il n'est pas permis théoriquement de méconnaître l'harmonie des principes et des systèmes sans donner des justifications satisfaisantes et suffisantes.

Ici une pareille justification n'est ni donnée, ni possible. Et la cause, c'est qu'aucune différence fondamentale comme construction n'existe entre le contrat de louage et nos contrats réels. La contradiction vient du fait qu'on construit le louage sur des bases exactes tandis qu'on en donne aux contrats réels une construction totalement fausse.

*
* *

L'absence de tout engagement conventionnel à la base de l'obligation de restituer et le rôle donné à la remise d'être le fait générateur de cette obligation conduit à la conclusion inacceptable de faire de cette obligation de restituer dans le contrat réel une obligation légale.

Cette obligation n'est pas légale ; plus même, du moment qu'elle naît d'un contrat, elle ne peut pas et ne doit pas être légale.

Un des partisans de la théorie classique accepte nettement le caractère légal de cette obligation qu'il es-

time n'être que l'obligation de restituer la chose d'autrui. Voici en effet ce que M. Planiol dit : « L'obligation de vendre qui pèse sur le dépositaire, l'emprunteur et le gagiste, n'est pas véritablement une obligation conventionnelle : elle naît *ex re*, c'est-à-dire du fait de la possession de la chose d'autrui et elle prendrait également naissance si cette chose était venue aux mains de son détenteur actuel sans le fait de son propriétaire. Elle préexiste logiquement au contrat et les parties n'ont pas besoin de la créer ; elle n'est pas autre chose que l'obligation légale de rendre la chose d'autrui que sanctionne la revendication. Les différences qu'on remarque entre la situation d'un dépositaire, d'un emprunteur ou d'un gagiste et celle d'un possesseur sans titre sont des différences de détail qui laissent subsister la ressemblance fondamentale ; et cette ressemblance est dans l'origine pré-conventionnelle de l'obligation principale qui a pour objet la restitution de la chose reçue » (1). »

Car M. Planiol estime « qu'il n'y a de véritables obligations conventionnelles que celles qui n'existeraient pas si les parties ne les avaient pas fait naître par un acte spécial de leur volonté (2). »

Voici donc comment on tient l'obligation de restituer naissant du contrat réel comme une obligation légale ordinaire de restituer la chose appartenant à

1. Planiol, II, n° 996.

2. *Loc. cit.*

autrui ; entre ces deux obligations, il n'y aurait aucune différence fondamentale et que par le fait d'avoir inscrit dans le contrat cette obligation en la mettant à la charge de l'une des parties elle n'a pas changé par là son caractère légal pour devenir conventionnelle.

Examinons ces deux questions, l'une spéciale, *la recherche des différences qu'il y a entre ces deux obligations* dans notre hypothèse, l'autre de principe, *si une obligation légale change son caractère devenant conventionnelle par son insertion dans un contrat.*

Commençons par cette dernière.

Est-il exact de dire, en principe, qu'une obligation ayant pour source la loi, lorsque les parties l'inscrivent dans un contrat, continue à garder son caractère légal ?

Nous ne croyons pas et nous estimons que ni la conclusion, ni la justification qu'on lui donne ne sont pas acceptables. *Une obligation légale que les parties contractantes insèrent dans le contrat perd théoriquement par ce fait le caractère légal pour devenir obligation conventionnelle ordinaire.*

Et en voici les raisons :

La liberté juridique des hommes vivant en société, c'est-à-dire leur complète indépendance au point de vue des rapports juridiques, peut être amoindrie par deux séries de causes qui constituent les deux sour-

ces possibles des rapports juridiques d'obligation. Ce sont *le contrat et la loi*.

Dans le contrat, c'est la volonté des parties qui crée l'obligation. C'est elle qui détermine l'objet, l'étendue et les modalités. Pour tout ce qui concerne le rapport de droit naissant, il faut se référer à la volonté des parties. *Quant aux obligations légales* — qui sont de nos jours en nombre considérable — elles sont imposées par le législateur pour des raisons diverses. C'est dans la volonté seule de celui-ci qu'il faut en rechercher l'origine, l'étendue et l'objet. La volonté du débiteur de ces obligations légales n'est pas prise en considération ; c'est malgré lui et contre sa volonté que l'obligation existe.

Peut-on établir un rapport entre ces deux sources, de sorte qu'une d'elles joue un rôle supplétif par rapport à l'autre qui constituerait la source de droit commun ?

La question est ainsi mal mise et en tout cas la réponse doit être nettement négative. En effet, attribuer à une source d'obligation le rôle d'être de droit commun par rapport à une autre, c'est lui donner application de faveur et toujours et n'en faire fonctionner l'autre qu'en second ordre et à défaut. Or, le contrat et la loi ont chacun comme source d'obligation leur part créatrice bien déterminée et agissent indépendamment.

Ceci est parfaitement sûr pour les dispositions de

loi comme sources des obligations légales proprement dites et qui sont les seules vraies obligations légales. Nous entendons par là celles qui sont des pures créations de la loi, qui normalement ne font pas l'objet des conventions des particuliers et qui, naissant pour répondre à un but ou à un autre, sont toutes inspirées par des raisons d'ordre général. Par exemple, l'obligation de réparer les dommages causés injustement, celle de restituer la chose d'autrui, l'obligation de servir à certains parents des pensions alimentaires... etc.

A part ces obligations légales proprement dites, la loi crée et réglemente d'autres qui normalement et habituellement doivent faire l'objet des conventions privées et qui sont des obligations naissantes pour les personnes comme parties dans les contrats. Ce sont celles créées à propos de la réglementation que le Code fait des contrats spéciaux pour préciser les obligations qui naissent de ces contrats. Par exemple, l'obligation de garantie pour vices ou éviction dans la vente... etc. Pour ces derniers, c'est seulement en absence du contrat et faute de dérogation conventionnelle que ces dispositions de la loi créatrice de rapports d'obligation s'appliquent. *La source légale apparaît donc pour celles-ci comme supplétoire par rapport au contrat qui est la source principale et de droit commun.*

En effet, la réglementation faite par le Code civil

pour les contrats les plus usuels n'a rien d'obligatoire pour les particuliers et ceux-ci peuvent se dégager par convention. En contractant, ils peuvent accepter expressément les dispositions légales pour ces contrats ou les rejeter expressément. Et s'ils ont gardé silence sur tous les points de détail qu'ils n'ont pas réglés, lorsque plus tard des contestations s'élèveront, on admet qu'elles seront toutes tranchées par l'application des dispositions légales. La raison est que les parties les ont tacitement et implicitement acceptées par le fait qu'elles n'ont pas dérogé. *Ces dispositions légales sont tenues pour inscrites tacitement dans le contrat et voulues implicitement par les parties.*

Du rôle supplétoire de cette catégorie d'obligations légales résulte pour elles leur caractère conventionnel lorsqu'elles se trouvent inscrites dans une convention.

Comme aux obligations légales proprement dites, ce rôle supplétif manque, si on veut conclure pour elles également à leur caractère conventionnel lorsqu'elles se trouvent consacrées dans un contrat, ce sera pour d'autres raisons que voici.

Lorsque par convention on s'oblige envers une personne à ce que l'on était déjà obligé par la loi, *cette obligation légale proprement dite se trouve transformée en une obligation contractuelle*. Malgré qu'elle ait à la base et à l'origine la volonté unique du législateur, *la personne en se reconnaissant volontairement obligée*

ajoute à la volonté du législateur la sienne ou plutôt substitue sa volonté à celle du législateur. Jusqu'à ce moment, elle était tenue d'une obligation que lui imposait la loi contrairement indépendamment de sa volonté ; maintenant c'est elle qui veut et consent à s'obliger et ainsi le rapport juridique qui était jusqu'alors créé uniquement par la loi, fera dorénavant l'objet d'un accord consensuel. Par là une conversion du titre en vertu duquel elle était tenue s'opère et l'obligation légale devient théoriquement et pratiquement conventionnelle. Pour tout ce qui concerne l'objet et l'étendue de cette obligation c'est à la convention qu'on s'en rapportera dorénavant.

Voici l'application de cette idée dans l'hypothèse de l'obligation légale de réparer le dommage causé injustement. Cette obligation a une source purement légale. Si l'auteur s'engage de payer à la victime telle somme comme réparation du dommage causé, pour tout ce qui concerne cette réparation, on va se référer dorénavant uniquement au contrat conclu. Et ce contrat n'a pas seulement pour objet de fixer le quantum dû, mais régit le rapport juridique même, créé précédemment par la faute et devenu maintenant conventionnel par sa consécration dans le contrat. Et ainsi la relation de droit qui apparaît entre la victime et l'auteur, créée par la force unique de la loi et indépendamment de toute volonté de celui obligé, se trouve précisée et fixée par l'accord consensuel

des parties, en fait l'objet d'un contrat *et dorénavant demander l'exécution de l'obligation, c'est demander l'exécution du contrat. L'obligation est devenue conventionnelle, son titre a été converti et nové.*

On peut faire le même raisonnement pour l'obligation légale de restituer une chose appartenant à autrui qui a fait l'objet d'une convention conforme et qui a été consacrée par un accord consensuel. Une conversion du titre créateur va s'opérer et l'obligation légale de restituer va devenir contractuelle.

Cette question de principes tranchée, tirons les conséquences et faisons application aux contrats réels quant au caractère de l'obligation de restituer naissant de ces contrats.

On sait que la loi oblige tous ceux qui détiennent sans titre une chose appartenant à autrui, de la rendre à son propriétaire. L'obligation de restituer dans le contrat réel ne serait pour les partisans de la théorie classique que cette obligation légale de restituer. La formule que nous donnons sur la question de principes, la transformation de toute obligation légale ou conventionnelle par l'insertion dans un contrat, *nous conduit à la conclusion du caractère conventionnel de l'obligation de restituer dans le contrat réel.*

Donc, il faut distinguer l'obligation de restituer naissant de ces contrats de celle légale de rendre. La confondre — comme la théorie classique le fait — c'est commettre une inexactitude.

Mais le caractère conventionnel et non légal de cette obligation de restituer dans le contrat réel se trouve encore prouvé par des indices directs et propres à notre cas. Comme il fut déjà dit, il y a *des détails de réglementation pour cette obligation de restituer qui laissent voir le rôle de la convention et son existence à la base de cette obligation*. Et en outre, *il y a des différences très grandes entre cette obligation et une légale ordinaire de restituer*, différences qui s'ajoutent à la différence fondamentale du caractère de la source et s'expliquent par elle.

Ainsi le déposant ou le prêteur n'est pas astreint à faire la preuve de son droit de propriétaire ; ou encore si la chose livrée a été détériorée ou perdue, le dépositaire ou l'emprunteur est tenu de sa négligence, car ils sont obligés de garder avec certains soins jusqu'à une certaine époque et alors en faire la restitution.

Ces déférences s'expliquent par la nature de la source qui fait naître l'obligation.

On peut donc conclure sur le caractère de cette obligation de restituer : *elle n'est pas légale — comme le veut et résulte de la théorie classique, mais elle est conventionnelle* ayant à la base un engagement consensuel.

Mais cette obligation de restituer non seulement n'est pas légale, mais *elle ne peut pas et ne doit pas être légale dans ces contrats.*

Et voici pourquoi :

On présente l'obligation de restituer comme naissant du contrat. Or, en même temps, on donne à cette obligation une origine et un caractère légal ; c'est une contradiction évidente. Il faut choisir entre les deux : *ou on admet qu'elle naît du contrat et alors elle ne peut pas avoir le caractère légal, ou si on admet qu'elle est légale, alors elle ne peut plus naître du contrat.*

Nous ne voyons comme solution possible à cette contradiction que la reconnaissance de son caractère conventionnel et la négation de son prétendu caractère légal. Ceci est en parfaite harmonie avec la naissance de cette obligation du contrat. Mais cette solution ne cadre pas avec la construction de ces contrats telle que la théorie classique la fait. Il faut donc remanier la théorie classique en supprimant à la remise le rôle de fait générateur de l'obligation de restituer pour enlever par là le caractère légal à cette obligation et lui conférer le caractère conventionnel, seul en harmonie avec la source contractuelle reconnue par la théorie classique même pour cette obligation de restituer.

Il reste encore une observation à faire sur cette prétendue obligation légale de restituer.

On sait que pour les parties dans ces contrats réels, il peut naître des obligations qui ont pour but la séparation de certains dommages causés, ou dépenses faites par l'une des parties à l'occasion de l'exécution du contrat. Par exemple dans le prêt à usage, il pourra naître pour le prêteur l'obligation de rembourser à l'emprunteur les dépenses faites par lui pour la conservation de la chose (art. 1890, C. civ.); l'obligation d'indemniser l'emprunteur du dommage qu'ont pu lui causer les vices de la chose prêtée lorsque le prêteur en connaissait l'existence (art. 1891 C. civ.); dans le gage, le propriétaire de la chose engagée se trouve obligé de rembourser au créancier gagiste les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites pour la conservation de la chose (art. 2080, al. 2, C. civ...), etc.

Or, ces obligations qui naissent à l'occasion de l'exécution de ces contrats réels d'un fait accidentel et dont le caractère est incontestablement légal, ces obligations, pour la raison qu'elles n'ont pas pour source le contrat mais un fait, on ne les énumère pas parmi les obligations naissant du contrat réel et c'est juste. Mais alors pourquoi la théorie classique en tenant l'obligation de restituer comme naissant d'un fait — donc ayant pour source la loi et non pas l'accord consensuel — l'énumère et la tient comme naissant des contrats?

Ce rapprochement met encore suffisamment en évidence l'inexactitude qu'il y a dans la construction du

contrat réel par la théorie classique en faisant la remise d'un élément nécessaire de formation du contrat.

*
* *

La théorie classique *a. encore le tort de tenir l'obligation de restituer comme la principale naissant du contrat ; en outre, elle parle de cette obligation comme si elle serait unique*, car nous voyons qu'elle néglige les autres qui ont sans nul doute également pour source le contrat.

Or, ceci est inexact. *L'obligation de restituer n'est pas toujours la principale, ni toujours l'unique naissant des contrats réels.*

Avant tout examen, expliquons-nous sur le caractère principal et accessoire des obligations naissant d'un contrat.

Les obligations naissant d'un contrat sont souvent nombreuses. Toutes n'ont ni la même valeur, ni la même importance. Parmi elles, on peut donc faire un triage à ce point de vue. Mais le caractère principal ou accessoire de ces obligations peut être établi de deux façons différentes. *Ou au point de vue tout objectif* en considérant pour les différentes espèces de contrats la part que chaque obligation prend par son exécution dans la réalisation de l'opération accomplie ; dans ce cas, on néglige l'importance que les

parties donnent aux obligations nées. *Ou on peut en classifier* les obligations naissant d'un contrat en tenant compte de l'importance que leur donnent les parties. C'est au point de vue purement objectif que nous allons considérer ici la valeur des obligations naissant des contrats réels.

Prenons par exemple *un contrat de dépôt*. Il naît du contrat pour le dépositaire l'obligation de veiller à la conservation de la chose ; cette obligation est la principale car le fait de la garde de la chose en définitive constitue l'acte le plus important de l'opération. *La restitution n'est que l'acte dernier par lequel le rapport de droit prend fin* ; quand on l'exécutera, c'est que l'opération de dépôt est terminée. Donc l'affirmation de la théorie classique sur *le caractère principal de cette obligation de restituer* est une inexactitude. Mais l'existence de l'obligation de garder à la charge du dépositaire *nie à l'obligation de restituer son caractère d'être l'unique naissant du contrat*. Pourquoi la théorie classique ne tient pas compte de cette obligation *de garder* ? C'est parce qu'elle ne cadre pas avec la conception qu'a cette théorie du contrat réel. En effet, celle-ci ne peut pas naître de la remise et pour elle il faut un consentement ; or, comme on le verra plus loin, la théorie classique réduit au néant la part du consentement dans ces contrats.

Examinons les *obligations naissant du gage*. Ici

encore l'obligation principale n'est pas celle de restituer, celle-ci n'étant exécutée que lors du paiement ou extinction de la dette, donc à la fin du contrat. Le contrat de gage a pour objet de conférer au gagiste un droit réel en vertu duquel il va obtenir le paiement de la créance par préférences à d'autres créanciers. Comme le droit réel de gage porte sur une chose meuble et comme à ce titre il sera opposable aux tiers, pour que cette opposabilité reconnue n'atteigne pas des droits acquis par des tiers postérieurement, ne connaissant pas la constitution antérieure du gage, *il a fallu obliger le constituant du gage de transférer la possession de la chose au gagiste*. Jus- qu'alors le contrat de gage n'avait conféré qu'un droit réel; maintenant il y aura une petite complication résultant de la remise de la chose, la garde et la restitution de cette chose. Or, *c'est à raison de ce déplacement de possession que le contrat constitutif du droit réel de gage fait naître des rapports d'obligation entre les parties*. Parmi ces obligations, la principale est celle de mettre la chose dans la possession du gagiste que la théorie classique ne considère pas de la sorte, mais en fait un élément de formation du contrat. Et elle est la principale parce que c'est son exécution qui est l'acte capital dans l'opération; en effet, une fois la remise faite, le gagiste aura sur la chose un droit opposable.

Il est à signaler encore que dans le gage l'obliga-

tion de restituer n'est pas l'unique naissant du contrat. Le gagiste est obligé de conserver la chose, c'est-à-dire veiller sur elle et de la garder en bon état (art. 2080 al.). Donc quand la théorie classique fait passer l'obligation de restituer comme la principale et l'unique naissant du contrat, elle affirme une inexactitude.

Il faut pourtant reconnaître que *pour les contrats de prêt*, soit de consommations, soit à usage, l'obligation de restituer apparaît comme *l'unique* naissant du contrat pour le prêteur ; mais elle ne sera pas l'unique pour le prétendu contrat réel de prêt envisagé comme pur consensuel, car on doit tenir comme obligation *ex contractu* celle de remettre dont l'acte matériel de remise n'est que l'exécution. Quant à son caractère d'obligation principale, on ne pourrait pas le lui nier. En tout cas, il faut remarquer que dans les contrats de prêt, l'obligation de remettre est autant importante dans l'opération que celle de restituer.

§ 2. — Fausses conséquences.

Une des conséquences admises par les partisans de la théorie classique, c'est *le caractère préparatoire (promesse de contracter) du contrat purement consensuel dans le contrat réel pour lequel remise ne fut pas encore faite.* Or, ceci est inexact.

Nous n'allons pas le prouver en démontrant l'inutilité de la *res* dans la conclusion du contrat, donc par les conclusions mêmes du présent ouvrage. Mais nous allons le faire d'une façon directe *en recherchant le caractère définitif ou préparatoire dans le contenu même du contrat.*

Il a été déjà question de ce qu'on entend par contrat préparatoire (avant contrat, comme on le nomme encore). Nous ne rappellerons ici que ce qui est indispensable pour l'examen qui va suivre.

Ces contrats préparatoires sont conclus lorsque les parties ne peuvent ou ne veulent conclure immédiatement un contrat. Ils sont en principe unilatéraux ; par ces contrats, l'une des parties s'oblige envers l'autre de conclure plus tard un contrat si celle-ci le voudra. Cette dernière s'assure de la sorte les avantages d'un futur contrat. *Elle ne s'oblige par le contrat préparatoire à rien, car elle ne devient que créancière et pourra un jour à ce titre exiger à la débitrice du contrat préparatoire la conclusion du contrat définitif.* En somme, elle n'a pas encore donné son consentement et c'est cet élément qui manque à la conclusion du contrat pour qu'il soit définitif.

Et sans contredire ni toucher d'une façon fondamentale les questions discutées pour ces contrats préparatoires, ajoutons que cette obligation naissante est de faire, qu'elle n'est pas conditionnelle comme nature et que son exécution ne se fera pas

forcément par des dommages et intérêts, mais par le moyen le plus approprié à atteindre le but poursuivi par les parties.

Voici quelques exemples. Une personne s'oblige à vendre à une autre un terrain si celle-ci exprime le désir dans un délai maximum de dix ans ; ou, une personne s'oblige de donner à bail telle maison à une autre si celle-ci veut s'en prévaloir, etc. *De ces contrats, il résulte une obligation immédiate de vendre ou de donner à bail ; le créancier de cette obligation n'a encore consenti à rien et ne se trouve point obligé.* C'est seulement le jour où il estimera qu'il est temps de profiter des bénéfices du bail ou de la vente qu'il se prévalera du droit que le contrat préparatoire lui confère pour passer avec le débiteur le contrat définitif d'où résulteront pour lui les avantages qu'il a eus en vue. Mais le contrat définitif ne pourra jamais lui être imposé par le débiteur du contrat préparatoire.

Or, dans le contrat réel dans lequel remise n'a pas encore été faite et pour cette seule et unique cause, le contrat consensuel ne peut pas et n'a pas le caractère préparatoire. Et s'il aura ce caractère, ce n'est pas pour défaut de remise, mais pour d'autres raisons tenant au contenu du contrat consensuel et à l'intention des parties qui l'ont voulu ainsi.

Prenons par exemple un contrat de prêt d'argent simple — sans stipulation d'intérêts — et en vertu

duquel remise ne fut pas encore faite. Nous voyons qu'il naît du contrat consensuel immédiatement une obligation pour l'emprunteur d'emprunter, donc de remettre la somme convenue. Mais si l'emprunteur se trouve obligé immédiatement, *le prêteur se trouve lui aussi obligé d'accepter la somme faisant l'objet du prêt* que l'emprunteur pourra lui imposer en lui faisant des offres réelles et consignations. Et ça *parce que le contrat fut conclu définitivement pour les deux parties* et non pas uniquement pour l'emprunteur. Le prêteur ne s'est pas réservé la possibilité de conclure ou non selon qu'il voudra ou non ; il a donné son consentement immédiatement comme l'emprunteur et le contrat définitif a été conclu. *Donc ce contrat consensuel de prêt n'est nullement préparatoire, les deux consentements étant définitifs* et le sort du contrat n'étant pas laissé à la merci de la volonté de l'emprunteur ; pour lui aussi ce contrat est un acte juridique achevé et qui le lie.

Nous avons raisonné sur l'hypothèse de prêt d'argent sans stipulation d'intérêts, pour laquelle la détention de la somme ne constitue ni une gêne, ni une perte pour le prêteur. Celui-ci n'a donc pas d'intérêt à imposer à l'emprunteur l'exécution du prêt. Mais supposons un prêt de céréales où la remise est de tout intérêt pour le prêteur. Ici l'espèce est la même que plus haut, à part la différence de la nature de l'objet du prêt qui les distingue ; le carac-

tère définitif de cette dernière apparaît encore avec plus d'évidence parce qu'en fait l'exécution intéressera autant les deux parties et *cette possibilité pour celles-ci de demander l'exécution du contrat trahit le caractère définitif de celui-ci.*

Pour contrôler l'exactitude de ces affirmations, nous examinerons la question également pour le dépôt et le gage.

Le *dépôt* est un contrat fait dans l'intérêt exclusif du déposant. Il est — comme plus loin nous allons le prouver — unilatéral, du contrat naissant des obligations pour le dépositaire exclusivement. Ces obligations sont : recevoir en dépôt, garder et restituer. Les parties en passant le contrat de dépôt et avant la remise de la chose ont définitivement conclu le contrat et il ne reste qu'à l'exécuter. *Le caractère définitif du contrat résulte ici de son contenu et de l'intention des parties.* Un raisonnement justificatif analogue à celui fait pour le prêt ne peut pas être fait ici pour des raisons qui tiennent au caractère unilatéral du dépôt et à sa conclusion dans l'intérêt exclusif de l'une des parties. Les parties en contractant le dépôt et avant la remise n'ont pas par ce fait contracté provisoirement, le déposant n'a pas voulu seulement s'assurer le consentement du dépositaire dans le but de conclure avec lui postérieurement et éventuellement un contrat de dépôt définitif s'il estimera bon. Les parties ont conclu immédiatement un

contrat définitif. C'est cela — à moins de clauses spéciales ou intention contraire — la nature et le caractère d'un contrat de dépôt de type commun avant toute remise. Cette remise sera l'exécution du contrat.

D'ailleurs la remise dans le contrat de dépôt, c'est le but même poursuivi par les parties et il se trouve presque totalement atteint par l'exécution de ce contrat purement consensuel, donc par le fait de la remise. La restitution n'est que l'acte dernier avec lequel le rapport juridique prend fin. Et alors, quelle raison y a-t-il de conclure un second contrat définitif? Peut-on en conclure un? Et quel rôle aura-t-il?

Un raisonnement un peu identique peut être fait pour mettre en évidence *le faux rôle de contrat préparatoire attribué au gage tant que remise de la chose n'a pas été faite*. En effet, le contrat purement consensuel de gage n'aurait qu'un rôle préparatoire et le contrat définitif serait conclu par la remise. Or, si l'on examine de près, on voit que par l'exécution de l'obligation naissant du contrat consensuel on atteint le but final poursuivi par les parties; la chose arrivera dans la possession du gagiste et celui-ci pourra faire prévaloir ses droits pour obtenir paiement. Tandis que du prétendu contrat définitif conclu postérieurement par la remise ne naît pour la théorie classique que l'obligation de restituer. Or, cette restitution n'est pas l'acte principal de l'opération que les parties

ont voulu accomplir, mais l'acte dernier qui met fin au rapport de droit existant.

Et alors, il est d'évidence qu'on ne peut pas qualifier le contrat purement consensuel de gage de contrat préparatoire et voir dans la remise la conclusion d'un contrat définitif.

Voilà démontrée, croyons-nous, *la fausseté de cette conséquence de la théorie classique que d'attribuer aux contrats purement consensuels dans les contrats réels le caractère de contrat préparatoire.*

Cette fausse conséquence prouve qu'il y a quelque chose d'inexact dans son point de départ même — dans la théorie classique des contrats réels — dont elle est une suite presque forcée.

Pour éviter toute confusion, ajoutons que *la conclusion d'un contrat réel peut très bien être précédée d'un contrat préparatoire. Mais alors ce n'est pas du fait seul de la pure consensualité de ce contrat, ni de l'absence de la res que le contrat aura ce caractère.* C'est pour d'autres raisons qui tiennent à la volonté des parties qui l'ont créée pour lui faire jouer ce rôle. *Et c'est de ces traits spéciaux de construction que résultera son caractère préparatoire.*

Prenons pour exemple le prêt d'argent. Au lieu que deux personnes passent un contrat définitif par lequel l'une s'oblige de remettre à l'autre immédiatement ou dans un délai quelconque une certaine somme,

avec obligation pour cette dernière de faire restitution intégrale à une époque déterminée, celle qui veut emprunter traite avec un banquier qui s'engage à lui mettre une somme d'argent à sa disposition. Le futur emprunteur n'a pas besoin d'argent momentanément et veut seulement s'assurer des ressources pécuniaires pour les affaires qu'il traitera plus tard et éventuellement. C'est la raison de la conclusion de ce contrat qui, pratiquement, est très fréquent et qu'on nomme *ouverture de crédit*. C'est en somme *une promesse de prêter qu'une personne fait à une autre et son caractère est d'être purement préparatoire*. Ce n'est que postérieurement et en exécution de ce contrat qu'une série de prêts vont être conclus. Du contrat ne naît que l'obligation pour le prêteur de faire à l'emprunteur des prêts jusqu'à la concurrence d'une somme de 10 fr. et on détermine les conditions dans lesquelles le prêteur s'engage à passer les futurs contrats de prêt. L'emprunteur n'a pas consenti encore à emprunter et ne s'est obligé par le contrat à rien ; il est devenu seulement créancier de l'obligation prise par le prêteur. Le but final poursuivi par les parties sera atteint lors de la conclusion des contrats préparatoires définitifs qu'elles ont préparés par ce premier contrat et dont une d'elles a voulu s'assurer les avantages.

Voilà comment pour ce contrat réel il peut y avoir un contrat préparatoire qui le précède dans son exis-

tence. Et comment quant au caractère du premier comme à celui du dernier, *l'absence ou l'accomplissement de la dation n'a joué aucun rôle?*

*
* *

Encore une des fausses conséquences auxquelles aboutit la théorie classique des contrats réels, *c'est le caractère unilatéral de ces contrats quant aux obligations naissantes.*

Nous croyons pouvoir prouver *que ces contrats réels sont synallagmatiques à part le dépôt qui est unilatéral.*

Écartons tout d'abord une petite erreur — et de langage et comme idée — qui fut faite sur ces contrats réels quant à leurs effets et sur laquelle nous sommes d'accord avec les partisans de la théorie classique. *On a présenté ces contrats comme des synallagmatiques imparfaits, c'est-à-dire comme unilatéraux au début, devenant bilatéraux par la suite. C'est seulement la première obligation qui serait contractuelle et tant qu'elle existe seule, le contrat demeure unilatéral, nous dit la théorie classique ; cette obligation est celle de restituer. Les obligations qui apparaissent postérieurement pour l'autre partie dérivent de faits accidentels et indépendamment de la convention ; donc celles-ci sont légales et c'est pour cela qu'on nomme le contrat synallagmatique imparfait. Mais*

du moment que ces obligations d'apparition postérieure n'ont pas pour source le contrat, il ne faut pas tenir compte d'elles et il ne faut pas assimiler le contrat à un synallagmatique, même en lui donnant un qualificatif qui le distingue légèrement.

Donc rejetons le terme et la notion de contrat synallagmatique imparfait.

Mais si nous sommes d'accord avec les partisans de la théorie classique sur cette question — car la plupart admettent cette façon de voir — nous ne le sommes pas sur le caractère unilatéral de ces contrats que nous tenons pour des synallagmatiques parfaits — à part le dépôt qui est unilatéral.

En effet le contrat est synallagmatique, lorsque les contractants s'obligent réciproquement l'un envers l'autre. Or, *des contrats réels de prêt et de gage naissent des obligations réciproques ex contractu*. L'obligation qui fait pendant aux obligations du gagiste et du prêteur est pour le constituant du gage de remettre la chose au gagiste et pour le prêteur de fournir la chose en valeur à l'emprunteur. Ces actes de remise sont tenus par la théorie classique pour des éléments de formation du contrat. Et ici apparaît l'inexactitude. *La remise est un acte accompli en exécution d'une obligation préalable de remettre, ou en vertu d'un droit de remettre*, ce qui constitue dans ce dernier cas l'obligation de recevoir pour celui auquel la remise est faite comme c'est le cas du dé-

pôt. N'étant ainsi que des actes d'exécution, *les obligations en vertu desquelles ils sont exécutés sont : l'obligation de prêter pour le prêteur, de remettre pour le constituant du gage. Ces obligations ont pour source le contrat, donc celui-ci est synallagmatique.*

Le dépôt est unilatéral parce que la remise ne se fait pas pour lui en vertu d'une obligation de remettre, mais d'un droit de remettre. Le déposant en contractant avec le dépositaire, celui-ci s'oblige de recevoir la chose en dépôt.

Le caractère unilatéral pour ces trois contrats réels est une fausse conséquence résultant de la construction inexacte que leur donne la théorie classique.

§ 3. — Contradictions.

La théorie classique présente les contrats réels comme formés de deux éléments : consentement et remise. Si on recherche quelle est la part que la théorie classique fait à chacun d'eux, *on voit qu'en définitive la remise est l'unique élément de formation du contrat réel et que le consentement n'a aucun rôle.* La théorie classique donc se contredit.

En effet, si on laisse de côté l'engagement consensuel de la personne qui s'oblige de restituer — qui n'est pas pris en considération par la théorie classique comme il fut démontré — *il resterait comme con-*

sensuel uniquement l'engagement de la personne qui fait la remise. Or, cet engagement consensuel est encore négligé totalement ; car si on tenait la remise comme l'exécution de cet engagement consensuel en tenant par là compte de l'élément consensuel, on aboutirait à faire de ces contrats des synallagmatiques. Or, la théorie classique construit ces contrats comme des unilatéraux. Et puis, si on voyait dans la remise un acte d'exécution, par là elle perdrait son caractère d'élément de formation.

Dans l'hypothèse du contrat réel conclu avec dation immédiate, la remise faite, le consentement conforme disparaît derrière l'acte matériel laissant plutôt supposer son existence préalable. Cette rapidité dans la succession des deux prétendus éléments — consentement et remise — est trompeuse. Mais au cas qu'un espace de temps s'écoule entre le consentement et la remise, alors, tant qu'il n'y a qu'accord consensuel, il y a promesse de contracter et *le vrai contrat réel se conclut par la remise*. C'est l'affirmation même des partisans de la théorie classique et cette fois-ci c'est la vraie conception du contrat réel — tel qu'ils le conçoivent — qui apparaît : *la dation seule, dénuée de tout autre élément de formation faussement présenté comme tel jusqu'alors et à rôle factice.*

Donc, la théorie classique, tout en affirmant que le contrat réel est formé de deux éléments, en réalité

elle ne donne aucun rôle au consentement dans la conclusion du contrat. Elle se contredit tout simplement et en définitive le contrat réel qu'elle construit est un contrat non consensuel, ce qui théoriquement est un non-sens.

CONCLUSIONS CRITIQUES

La théorie classique présente le prétendu contrat réel comme un contrat. Pourtant avec la construction qu'elle lui donne, il ne peut pas en être un. Car le contrat a comme élément premier et essentiel le consentement. Or, ici on néglige, comme il fut démontré, l'accord des volontés.

Ce contrat — pour la théorie classique — se conclut en somme par la dation. Or, si un contrat par une trompeuse apparence pouvait apparaître comme conclu de la sorte, théoriquement il doit avoir à sa base un accord consensuel dont les faits matériels sont simplement des actes d'exécution. Ici on réduit au néant le rôle attribué au consentement.

De ce contrat naîtrait — comme principale — une obligation légale de restituer. Or, ceci est inacceptable. Du moment qu'elle naît du contrat, elle ne peut, pas avoir ce caractère ; ou si elle est réellement légale, alors elle ne naît pas du contrat.

Avec la construction que la théorie classique lui donne, *ce contrat réel n'est pas un contrat mais une*

opération dont l'unique acte constitutif est un fait — la remise — et quant à la nature des obligations naissantes, des obligations légales. Avec une pareille construction, il faut rayer le prétendu contrat réel de la catégorie des contrats.

SECTION II

Critique de la théorie classique des contrats réels comme système du Code français. Le régime légal de ces contrats.

On a vu ailleurs les preuves qu'on invoque pour justifier l'admission par le Code français de la théorie des contrats réels. Pourrait-on mettre en doute cette admission ?

Deux auteurs — dont nous avons déjà mentionné l'opinion — se prononcent nettement contre l'acceptation par le Code de la théorie des contrats réels. Un d'eux, M. Vigié, nie tout simplement l'admission de ces contrats et estime qu'actuellement — quant aux dispositions du Code — ceux-ci sont des plus consensuels (1). Quant à M. Combescure, il croit que la négation des contrats réels comme catégorie de contrats acceptés par le Code avec le trait caractéristique qui leur est propre, ne fait point de doute et elle résulterait des textes et de la tradition (2).

1. Vigié, II, n° 1061.

2. Combescure. *Rev. critique*, 1903, p. 481 et suiv.

Nous ne croyons pas que l'opinion de ces deux auteurs est à suivre et les preuves que M. Combes-cure donne ne sont pas acceptables. Comme il fut déjà dit, les textes du Code ne prouvent pas l'exclusion et malgré les quelques contradictions qu'il y a, on peut sûrement en trouver des indices suffisants dans le sens de l'admission par le Code de la catégorie des contrats réels. Quant à la tradition, elle est manifestement conforme. Voyez en effet ce qu'il fut dit plus haut à ce point de vue (1).

De l'examen des textes et des travaux préparatoires pour ces textes, *il semble plutôt qu'on s'est référé et on a adopté une idée reçue par tout le monde à ce moment et qui ne soulevait aucune difficulté*. Et les opinions et explications émises sont très brèves et surtout confuses et obscures.

Mais entendons-nous bien. Si le Code accepte la théorie des contrats réels, ce n'est pas avec le sens que le consentement devient efficace à raison de la remise qui l'accompagne. Non. En vertu du principe qui était déjà admis par l'ancien droit français et qui est celui du Code selon lequel l'accord des volontés — le consentement — suffit pour qu'un rapport de droit naisse.

C'est avec le sens qu'on donnait jadis au contrat réel en vieux droit français que ce contrat survivra

1. *Supra*, p. 62 et suiv.

avec la remise nécessaire pour l'existence du contrat réel comme tel.

Dans la pratique, les applications qu'on en fait ne soulèvent pas des difficultés. La théorie des contrats réels, fausse théoriquement, se trouve pratiquement appliquée avec des corrections et de la sorte on peut aboutir à des solutions avantageuses quoique illogiques et inexplicables si on veut s'en tenir strictement aux termes de cette théorie.

C'est pour le contrat de gage uniquement que nous faisons quelques petites remarques car la jurisprudence a pour lui dans un cas mal compris la théorie classique et lui a donné le sens qu'elle avait en droit romain. Pour le contrat de gage, de ces erreurs pratiquement peuvent être commises car le transfert de la possession joue un rôle dans l'existence du droit réel de gage, ce qui ne doit pas être confondu avec le contrat de gage même lequel a déjà une valeur juridique avant toute remise.

En voici l'espèce pour laquelle on fit mauvaise interprétation et application des dispositions de la loi. Un gage fut constitué régulièrement sans que l'objet donné en gage — c'étaient des valeurs déposées à la caisse de dépôts et consignations — fût remis au gagiste. Le tribunal civil de Chinon (11 juillet 1893), sur la demande du constituant, a annulé le gage pour défaut de remise en faisant application des dispositions de l'article 2076 du Code civil. Sur appel le

jugement fut infirmé par un arrêt de la cour d'Orléans (21 déc. 1894) pour les motifs que les dispositions des articles 2075 et 2076 du Code civil n'ont été prescrites par le législateur que pour la constitution du privilège au regard des tiers et afin que ceux-ci en fussent avertis; qu'elles ne sont pas imposées aux parties contractantes dans leurs rapports entre elles et il suffit à leur égard d'un engagement valable dans les termes du droit commun. Pourvoi en cassation étant fait, la Cour se prononce en sens contraire pour les motifs « que le contrat de gage étant un contrat réel, il est de l'essence même de ce contrat que la chose donnée en gage soit mise en la possession du créancier ou d'un tiers convenu; que l'accomplissement de cette condition est nécessaire entre les parties elles-mêmes pour que le créancier puisse se prévaloir des effets du contrat à l'encontre de son débiteur. » Comme l'observe M. Lyon-Caen (1), la Cour de cassation a donné aux termes de l'article 2076 une fausse interprétation. Car si le gage est un contrat réel il n'a plus en notre droit le sens qu'il avait en droit romain. Or c'est ce sens que la Cour de cassation lui donne ici. Partisan ferme de la théorie classique des contrats réels comme système du Code, M. Lyon-Caen observe que dans le gage la

1. Note sous cass., 18 mai 1898; Sirey, 1895, I, 433; Charmont. *Rev critique*, 1899, p. 77.

remise est exigée à un double titre, comme condition de publicité prescrite dans l'intérêt des tiers, mais aussi comme condition essentielle de l'existence du contrat de gage. Sans revenir sur ce dernier rôle reconnu à la res dans le contrat réel — ce qui serait rééditer des explications déjà données pour conclure à la négation de la remise comme élément de formation — notons que pour donner effectivement un sens aux termes de la théorie classique on aboutit à la confondre avec la théorie romaine des contrats réels, ce qui est totalement inexact.

CHAPITRE IV

Reconstitution des prétendus contrats réels comme purs consensuels. Nature juridique des droits et obligations naissants.

La preuve de la fausse conception que la théorie classique a de ces prétendus contrats réels *nous ramène à la suppression de ces contrats comme catégorie à part* avec cette caractéristique dans la formation d'exiger outre le consentement encore une dation. *Nous croyons qu'il faut tenir ces contrats pour des purs consensuels et que c'est la seule exacte idée qu'on doit avoir d'eux.* Le prétendu contrat réel ne fait donc pas exception au principe de la consensualité.

En voici pour chacun de ces contrats les droits et obligations naissant du pur accord consensuel pour les deux parties.

Du *prêt à usage* il naît du contrat pour le prêteur l'obligation de livrer à l'emprunteur la chose faisant l'objet du prêt ; ce dernier s'oblige à veiller à la garde et à la conservation de la chose, de ne faire de la

chose que l'usage tacitement ou expressément convenu et de restituer la chose à l'expiration du prêt. C'est possible que le prêteur soit tenu encore de certaines obligations que voici, mais qui ne dérivent jamais du contrat mais de la loi : de rembourser à l'emprunteur les dépenses faites par lui pour la conservation de la chose et de l'indemniser des dommages qu'ont pu lui causer les vices de la chose.

Du *prêt de consommation* il naît pour le prêteur l'obligation de transférer la propriété de la chose prêtée et par conséquent aussi l'obligation de livrer à l'emprunteur les choses faisant l'objet du prêt, obligation qui n'est qu'une suite de la première ; l'emprunteur est obligé par le contrat de rendre à l'échéance du prêt des choses de même espèce que celles qu'il a reçues, en même quantité et même qualité.

Dans le *gage*, le constituant du gage est obligé par le contrat de remettre au gagiste la chose constituée en gage. Comme le contrat de gage est constitutif du droit réel de gage, la nature meuble des choses sur lesquelles portera ce droit réel, exige la dépossession du constituant au profit du gagiste. Or, pour cela le constituant du gage est obligé par le contrat de transférer la possession de la chose objet du gage. Le gagiste est obligé de garder la chose en bon état et de la restituer quand il a été payé intégralement ou que l'obligation est éteinte d'une autre façon.

Dans le *dépôt*, il ne naît d'obligations *ex contractu*

que pour le dépositaire. Celui-ci : A) se trouve obligé de recevoir la chose en dépôt, B) de veiller à sa conservation et C) de la restituer au terme convenu ou à première réquisition quand aucun délai n'a été fixé. La remise de la chose en dépôt constitue un droit pour le déposant.

Donc nous considérons la remise de la chose dans les trois contrats de gage, de prêt à usage et prêt de consommation comme l'exécution de l'obligation de livrer naissant du contrat consensuel à la charge du constituant du gage et du prêteur. Dans le dépôt, cette remise est faite par le déposant en vertu de son droit de remettre en dépôt et pour le dépositaire en vertu de son obligation de recevoir en dépôt.

Ces conceptions sont diamétralement opposées à celles de la théorie classique, car cette théorie voit dans la remise non pas l'exécution d'une obligation contractuelle conforme, mais un élément de formation du contrat.

*
* *

Une conséquence de cette façon nouvelle et exacte d'envisager les contrats réels c'est le caractère *synallagmatique* des trois contrats de prêt à usage, prêt de consommation et de gage.

En effet, la remise dans ces contrats étant l'exécution de l'obligation naissant *ex contractu* pour l'une

des parties, pour l'autre naissant du contrat également des obligations au profit de la première, il résulte que les deux contractants se trouvent réciproquement obligés l'un envers l'autre.

Et le caractère synallagmatique résultant pour ces trois prétendus contrats réels par suite de l'origine, purement conventionnelle des obligations naissantes, se trouve être d'une parfaite exactitude et en harmonie avec le contenu de ces contrats qui ne sont pas des unilatéraux. Car le contrat unilatéral est celui par lequel une ou plusieurs personnes s'engagent envers une ou plusieurs autres sans que de la part de ces dernières il y ait engagement. Or, ici, il est manifeste que dans les trois opérations faisant l'objet de ces contrats il y a des engagements et obligations réciproques à la charge des deux parties.

Le dépôt ne ressemble pas au point de vue des effets aux trois autres prétendus contrats réels. Le dépôt est unilatéral, le déposant ne se trouvant pas par le contrat obligé à rien, la remise en dépôt constituant pour lui un droit naissant du contrat.

*
* *

Avec la construction purement consensuelle de ces contrats, il n'y a plus à distinguer le cas où le contrat se conclut immédiatement — c'est-à-dire avec

dation accomplie à bref délai — ou si un espace de temps sépare le contrat de la remise.

Dans la première hypothèse, le contrat pur consensuel a été exécuté partiellement par la remise accomplie immédiatement ; le bref intervalle qui s'écoule — imperceptible parfois — ne change en rien au point de vue théorique le sens et la nature des actes accomplis. Et par la suite, soit que les choses se passent de la sorte, soit qu'un intervalle de temps appréciable sépare la remise de la conclusion du contrat consensuel, cette remise garde toujours son caractère d'acte d'exécution.

∴

Il reste à examiner *la nature des droits et obligations naissants de ces contrats construits avec des éléments purs consensuels.*

Il n'y a qu'une seule obligation qui présente des particularités à ce point de vue et dont nous allons nous occuper ici, c'est celle de restituer. Les autres, comme l'obligation de remettre, l'obligation de garder en bon état... etc., n'ont rien de particulier et ne présentent pas des difficultés. Tout au plus quelques observations seront faites.

Il est incontestable que le prêteur, le déposant et le constituant du gage, ne pourront pas demander la restitution de la chose si remise préalable ne leur

a été faite. Et comme nous avons présenté cette obligation comme consensuelle — c'est-à-dire naissant du contrat pur consensuel et ayant à sa base un engagement conventionnel — et non pas créée par la dation, il est à se demander *quelle est au point de vue juridique sa nature ?*

Est-ce une obligation conditionnelle ? La remise joue-t-elle, le rôle de condition et l'obligation existe ou non selon que cette condition se trouve réalisée ou non ? *Et si elle n'est pas conditionnelle, de quelle modalité autre dépend-elle dans son existence tout en étant créée par le consentement mais sous la réserve d'un fait postérieur ?*

Il faut écarter nettement pour elle le caractère conditionnel. L'obligation de restituer n'est pas affectée dans sa naissance d'une condition et la remise ne peut pas avoir ce rôle. Et voici pourquoi :

La condition est un événement *futur* et de *réalisation incertaine* de l'accomplissement duquel dépend l'existence d'un acte juridique. Mais il faut en outre — pour que cet événement joue le rôle de condition — qu'il soit *un fait externe qu'on rattache par un lien artificiel à la convention* (1). C'est cette particularité d'être un fait extrinsèque qui doit être surtout remarquée et qu'on néglige trop souvent.

1, Demogne. *Rev. trimestrielle*, 1905, p. 723. Baudry et Barde t. II, p. 2, n° 745. Planiol, I, n° 309 et suiv.

Or, ici *la remise n'a d'abord pas le caractère d'incertitude que doit présenter toute condition*. En effet, c'est un acte d'exécution d'une obligation conventionnelle créée pour qu'elle se réalise — que cette remise. En outre et surtout *la remise n'est pas un fait externe à la convention* mais l'exécution d'une obligation naissant du contrat même.

Donc l'obligation de restituer ne dépend pas de la remise comme d'une condition car la remise ne peut pas avoir par rapport à elle ce rôle. *L'obligation de restituer n'est pas conditionnelle*.

Pourtant l'obligation de restituer existera ou non selon que la remise a été faite ou non. Et ceci quoiqu'un engagement existe déjà à sa base qui fixe son étendue et son objet.

Mais si *cette obligation a déjà un consentement à sa base, avant la remise elle manque d'objet et faute d'objet elle ne pourra pas exister*. Elle existera lorsqu'elle aura un objet et elle l'aura par le fait de la remise. *L'existence ou l'inexistence de l'objet constitue une modalité de laquelle dépend l'existence de cette obligation de restituer ; cette modalité s'appelle éventualité*.

Donc l'obligation de restituer naissant du prétendu contrat réel dans la forme pure consensuelle est *une obligation éventuelle de restituer*.

Pour pouvoir nous expliquer suffisamment sur la nature de cette obligation, faisons un bref développe-

ment de la théorie des droits éventuels qui trouve ici application.

*
* *

L'étude des droits éventuels et de l'éventualité comme modalité est connue dans la doctrine française depuis peu de temps. Voici en quelques mots de quoi il s'agit (1) :

Il est unanimement admis qu'un droit peut être pur et simple, à terme ou conditionnel. Mais cette énumération n'est pas complète. Un droit peut être encore affecté d'une autre modalité appelée *éventualité*. Celle-ci est distincte de la condition avec laquelle confusion ne doit pas et ne peut pas être faite ; *et il faut encore la distinguer de la simple expectative*. Dans l'*expectative*, il n'y a que l'espérance d'un droit qui, un jour, pourrait exister pour une personne ; tandis qu'en cas d'éventualité, il y a un rapport de droit incomplet mais qui a déjà une existence suffisante. *Le droit pur et simple* c'est un droit qui naît ayant une existence juridique complète et définitive ; son exécution n'est retardée d'aucune façon, donc peut être faite immédiatement. *Un droit à terme* est

1. Pour des complets renseignements, voir les articles de M. Demogue dans la *Rev. trimestrielle*, 1905 et 1906 ; également Titulesco, thèse Paris, 1907.

encore créé définitivement quant à son existence, seulement son exécution est retardée pour un temps quelconque. *Quant aux droits conditionnels*, ce sont des droits dont l'existence même dépend de la réalisation d'un événement futur et incertain ; avant la réalisation de la condition il y a complet néant juridique, au cas qu'elle est suspensive ; l'acte juridique conditionnel disparaîtra totalement au cas qu'elle est résolutoire.

La condition est un événement *futur et de réalisation incertaine* ; il doit être — cet événement — un *fait externe et étranger à l'acte et qui fut rattaché à celui-ci par un lien artificiel* pour en faire dépendre son existence. Chaque fois qu'un événement ne réunira pas tous les éléments indiqués plus haut, il ne constituera pas une modalité conditionnelle.

Or, voici quelques hypothèses dans lesquelles la convention est valablement créée et immédiatement mais pourtant elle existera ou non selon qu'un fait postérieur s'accomplira ou non, pour compléter l'acte auquel y manque encore quelque chose. Et cet acte juridique n'est pas pourtant affecté d'une condition, ni d'une autre modalité quelconque.

Dans ce cas *un des éléments constitutifs de l'acte fait défaut, mais l'acte existe déjà car les éléments qui le constituent lui suffisent* et il n'y a plus néant

juridique. Les quelques hypothèses que nous allons citer permettront de formuler avec plus de précision en quoi consiste l'éventualité et le droit éventuel dont il est question dans ces cas.

Le contrat porte sur une *chose future*, c'est-à-dire un objet qui n'existe pas encore matériellement mais dont on peut normalement escompter l'existence ; ou un objet dont une personne s'est obligée de donner à une autre et qui ne lui appartient pas encore. Le contrat conclu présentement existera postérieurement ou non selon que la chose faisant l'objet de l'obligation naissante existera ou non.

L'éventualité pourra consister dans *l'absence du consentement de la personne créancière* en vertu du contrat, le consentement de celle qui s'oblige étant donné définitivement. C'est le cas de la promesse de vente ou d'achat ; c'est encore le cas de la promesse de louage.

La *capacité* de l'une des parties pourra faire obstacle à la conclusion définitive et valable du contrat, mais ce défaut de capacité peut se trouver couvert par un fait postérieur. Par exemple : quelqu'un vend tel bien à condition qu'il soit autorisé par son conseil judiciaire.

On pourrait multiplier les exemples et les hypothèses dans lesquels un acte juridique se trouve créé et pourtant il manque encore quelque chose pour qu'il existe.

Voici la formule — que nous empruntons à M. Démagne — par laquelle nous pouvons résumer tous ces cas pour les présenter comme une seule catégorie ayant le même trait caractéristique commun :
« *Tout acte juridique auquel manque encore un des éléments essentiels, d'après sa nature peut être dès à présent valable lorsque certains éléments primordiaux, notamment le consentement, existent déjà (1).* »

Parmi les éléments nécessaires d'existence pour une convention — pour un acte juridique d'une façon générale — il faut faire certaines distinctions car tous n'ont pas la même valeur au point de vue constitutif. *Le consentement, c'est l'élément essentiel de tout acte juridique. Et il suffit qu'il y ait une manifestation de volonté précise et définitive pour qu'il n'y ait plus néant juridique.*

La capacité est surtout exigée pour la validité du droit et moins par son existence. *Quant à l'objet, c'est plutôt un élément de mise en œuvre du droit.*

Il reste la cause dont le rôle comme élément de validité de l'obligation conventionnelle est discuté et discutable.

On peut appeler acte juridique affecté d'une éventualité *tout acte qui réunit déjà certains éléments d'existence — ce qui le distingue nettement de la simple expectative — mais qui pourtant n'est pas en-*

1. Demogue. *Rev. trimestrielle*, 1905, p. 729.

core complet à un point de vue et qui n'existera que si postérieurement ces manquements seront couverts

Dans un contrat, les obligations naissantes pour l'une des parties peuvent être pures et simples et celles naissantes pour l'autre affectées d'une éventualité. Les droits légaux peuvent être éventuels comme les droits d'origine conventionnelle (1).

Nous n'allons nous occuper ici que de *l'éventualité tenant à l'objet*, car c'est le cas des prétendus contrats réels dans la forme pure consensuelle.

*
* *

Il faut distinguer l'objet du contrat de l'objet de l'obligation. L'objet du contrat c'est l'obligation ; l'objet de cette dernière, c'est la chose ou le fait qui constitue la matière de l'engagement.

L'objet d'une obligation peut être une chose existante actuellement ou une chose future.

On entend par *chose future* une chose qui matériellement n'existe pas encore mais dont on peut escompter l'existence, comme c'est le cas d'une récolte ensemencée ; ou encore une chose qui existe matériellement mais qui ne fait pas encore partie du patrimoine de celui qui se trouve tenu d'une obligation ayant pour objet la chose.

1. Voir pour détails : Démogue, art. cités ; et Titulesco, thèse citée

Comme les choses matérielles, les droits de créance ou autres peuvent être également futurs. Par exemple on peut céder le bénéfice d'une créance non encore contractée.

Il faut ajouter, plutôt assimiler aux choses futures qui ne font pas encore partie du patrimoine de celui obligé *les choses qui ne sont pas encore dans sa possession ou détention* ; et cette possession ou détention est indispensable pour l'exécution de l'obligation dont la personne comme débitrice est tenue.

Dans toutes ces hypothèses, *la chose future rend l'obligation éventuelle ou le contrat en entier éventuel*, l'éventualité atteignant l'accord consensuel même ou seulement une des obligations naissantes. *Et selon que postérieurement la chose existera ou non, le contrat ou l'obligation existeront ou non.*

Il y a une limite quant au caractère de l'objet futur. *S'il n'existe pas encore, il faut pourtant qu'il soit déterminé ou déterminable*, sans quoi l'obligation et le contrat lui-même n'existeront pas.

Et maintenant faisons application de ces idées au prétendu contrat réel.

L'obligation de restituer naissant de ces contrats est éventuelle ; et l'éventualité tient à l'objet. En effet, l'obligation n'aura pas d'objet si celui qui doit restituer ne fut pas mis en possession de la chose et c'est par la remise que cette obligation aura un objet.

Voilà comment de ce contrat pur consensuel, pour

la partie qui sera obligée de restituer, l'obligation est consensuelle, naît du contrat, son objet est déterminé mais il n'existe pas encore ; et il n'existera que le jour où la remise sera faite, cette obligation éventuelle devenant par là pure et simple.

CHAPITRE V

Intérêt pratique de la question

S'il est d'un évident intérêt théorique d'établir le caractère exact des prétendus contrats réels — et aux yeux du juriste, ce titre suffirait pour qu'une étude soit consacrée à la question, alors même qu'elle ne présenterait qu'un intérêt pratique minime — la nouvelle construction théorique présente des avantages pratiques et conduit à des solutions plus rationnelles.

Nous allons énumérer successivement *les conséquences et les avantages pratiques*.

Une des conséquences c'est *le déplacement du moment de formation du contrat*. Ce n'est plus lors de la remise, mais lors de la conclusion de l'accord consensuel que le contrat réel se formera. Ce changement intéresse la question de capacité notamment. Avec la théorie nouvelle, c'est une seule fois que cette question de capacité se mettra même au cas que la remise s'effectue un certain temps après l'accord consensuel ;

tandis qu'avec la conception classique, elle se posera à nouveau lors de la remise, un nouveau contrat étant conclu. En appliquant strictement la théorie classique, parfois dans cette hypothèse, la solution sera très embarrassante et même il est impossible d'en donner une en même temps logique et avantageuse.

Voici en effet une personne qui vient de conclure sans que remise suive. C'est un contrat définitif à un point de vue selon la théorie classique et des obligations naissent. Pour ces obligations, c'est à ce moment qu'on va se rapporter pour trancher la question de la capacité des parties contractantes. Et si par exemple dans un prêt la partie devenue créancière est atteinte postérieurement de folie, que deviendra le contrat consensuel de prêt pour cette personne ? Si l'on exécute, ce qui est logique parce qu'elle a contracté en possession de ses facultés mentales, on conclura le contrat réel ; et pour tant à ce moment elle n'est plus capable de contracter. Avec la théorie classique, cette question est insoluble ou illogiquement soluble. Au contraire, avec la théorie nouvelle, la solution est avantageuse et logique. En faisant la remise, la personne ne contracte pas à nouveau, elle ne fait qu'exécuter l'obligation à laquelle elle s'était engagée étant capable. Car dans cette hypothèse, il y a un seul contrat et non pas deux.

Voilà donc comment le changement du moment de

la formation du contrat influence la question de capacité.

*
* *

La question des risques dans le prêt de consommation portant sur des choses déterminées sera autrement tranchée avec la conception nouvelle des prétendus contrats réels. En faisant application de la théorie classique, le contrat ne se formera et la propriété ne sera transférée qu'au moment de la remise. Donc c'est seulement à partir de ce moment que les risques seront pour l'emprunteur, tandis qu'avec la théorie nouvelle, la propriété étant transmise immédiatement par le seul consentement, les risques sont à la charge de l'emprunteur dès ce moment et indépendamment de la remise.

Il y a au point de vue de la preuve un changement pour trois des contrats réels : ceux au caractère synallagmatique. La formalité du double exemplaire par l'application de l'article 1325 du Code civil leur sera appliquée. Ceci a pratiquement une certaine importance.

*
* *

Quant aux avantages pratiques de la construction nouvelle pure consensuelle que nous donnons aux prétendus contrats réels, c'est surtout pour le prêt de

consommation qu'on s'en ressent et qu'on aperçoit que la théorie classique est défectueuse.

Ainsi supposons que le bénéficiaire d'un contrat de prêt — c'est-à-dire celui auquel la somme à prêter a été promise — n'a pas encore reçu la somme. Il n'y aurait jusqu'alors qu'une promesse de prêter, mais pas encore contrat réel de prêt, donc aucune obligation pour l'emprunteur — selon la théorie classique. Si celui-ci refuse de recevoir la somme, le prêteur pourrait-il lui demander des dommages-intérêts ? D'après la théorie classique non, car l'emprunteur ne contrevient à aucune obligation en refusant. Et pourtant même les partisans de la théorie classique sont forcés d'en accorder. Mais par là la construction réelle et le caractère unilatéral du contrat se trouvent contredits et la solution n'est plus logique. Tandis qu'en voyant dans le prêt de consommation un contrat pur consensuel et bilatéral, il y aura pour l'emprunteur obligation née dès le consentement, donc la solution sera logique et justifiée.

Et supposons qu'un contrat consensuel de prêt d'argent étant conclu, il fût stipulé des intérêts. L'emprunteur refusant de recevoir la somme, il n'est plus obligé au paiement des intérêts. C'est la solution d'après la théorie classique. Et pourtant cette partie qui peut ainsi refuser de recevoir parce qu'elle n'est pas obligée, peut exiger la remise de la somme comme créancière du contrat consensuel.

∴

Voici encore une hypothèse, toujours pour le prêt de consommation, qui sera mal résolue par l'application de la théorie classique.

Une personne conclut un contrat de prêt dont la remise devra être faite un mois après. Il résultera — conformément à la théorie classique — une obligation de contracter le contrat réel à cette date et celui-ci sera conclu par la dation. Si dans cet intervalle la personne débitrice du prêt gagne une créance contre l'emprunteur, se fera-t-il compensation ou non ? Donc un mois étant expiré, le prêteur versera la somme entière ou seulement le reliquat.

D'après la théorie classique, compensation légale n'a pu s'opérer car le prêteur était par le contrat obligé de contracter le contrat réel un mois après par la dation faite en exécution de la promesse. Et pourtant compensation devra être faite, ce qui cadre bien avec la construction purement consensuelle de ces contrats. Le vice de la théorie classique apparaît, ainsi on aboutit à une solution pratique inéquitable.

∴

Supposons un contrat purement consensuel de prêt de consommation duquel résulte — selon la théorie

classique — la promesse de contracter un futur contrat réel de prêt et qui se trouvera conclu plus tard par la remise. Un tiers avant cette remise fait opposition entre les mains du prêteur. L'opposition ne serait pas possible car celui-ci est jusqu'au jour de la remise simplement promettant, il va conclure un futur contrat et son obligation est de le faire. Et puis si le prêteur paie entre les mains de l'opposant — l'emprunteur — comment pourrait-il être obligé de restituer, n'ayant rien reçu ?

*
* *

Supposons encore un contrat pur consensuel de prêt de consommation qui est suivi quelque temps après de la dation. L'emprunteur, jusqu'alors créancier en vertu de ce contrat consensuel et avant la remise, fait cession de son droit à un tiers. Il restera pourtant débiteur à restituer envers le prêteur malgré cela. Comment explique-t-on cette obligation de restituer dans la théorie classique ? Une explication est impossible. Tandis que si l'on tient les obligations réciproques des parties comme naissant du contrat pur consensuel de prêt, la délégation faite par l'emprunteur au profit du cessionnaire ne pourra plus l'affranchir de l'obligation consensuelle contractée avant la remise.

*
* *

Dans le prêt d'argent à intérêt au caractère réel, la stipulation d'intérêts apparaît comme un contrat accessoire, car le contrat réel de prêt est unilatéral faisant naître uniquement l'obligation de restituer. Or, le non-paiement des intérêts ne peut pas, d'après la théorie classique, donner lieu à la résiliation pour non-exécution. Tandis qu'avec la construction pure consensuelle du contrat et le caractère synallagmatique de celui-ci on peut appliquer l'article 1189 du Code civil.

CHAPITRE VI

Les contrats réels dans les diverses législations étrangères.

Si la plupart des Codes étrangers conservent la conception classique pour ces prétendus contrats réels avec la res comme élément de formation, nous allons trouver dans un des nouveaux Codes la construction exacte acceptée avec la dation comme acte d'exécution de l'obligation conforme naissant du contrat consensuel.

ALLEMAGNE

Le Code civil allemand de 1900 est sans doute l'œuvre législative la plus considérable des derniers temps.

Avant l'apparition du Code, la controverse était vive en Allemagne sur le maintien ou la suppression de la catégorie des contrats réels (1). Les rédacteurs du Code évitèrent de la trancher en ce qui concerne le

1. Windscheid, II, § 312, n° 2. Dernbourg, II, § 8, n° 3.

prêt à usage et le dépôt, tandis qu'ils solutionnèrent formellement dans le sens de la réalité pour le prêt de consommation. Les termes employés par le Code pour les deux premiers contrats laissent pourtant soupçonner que les rédacteurs penchaient vers la conception romaine.

Voici en effet la rédaction de l'article 598 du Code civil allemand *pour le prêt à usage* : « En vertu du contrat de prêt à usage, le prêteur à usage d'une chose est obligé envers l'emprunteur à usage à lui permettre gratuitement l'usage de la chose. »

L'article 607 alinéa 1 du Code civil allemand *pour le prêt de consommation* : « Quiconque a reçu à titre de prêt de consommation de l'argent ou d'autres choses fongibles est obligé de rembourser au prêteur ce qu'il a reçu en choses de même genre, bonté et qualité. »

Donc la distinction du prêt et de la promesse de prêt résulte suffisamment. D'ailleurs l'article 607 ne donne pas une définition mais suppose connu le caractère réel du prêt de consommation.

Pour le dépôt l'article 688 du Code civil allemand est ainsi rédigé : « En vertu du contrat de dépôt, le dépositaire est obligé de garder une chose mobilière à lui remise par le déposant. » Malgré que les auteurs allemands discutent encore sur le caractère réel et synallagmatique du dépôt, cet article 688 est suffisamment net dans le sens de la réalité et semble tran-

cher la question. Donc dans le droit allemand la simple promesse de garder une chose sans tradition réelle sera un contrat innomé régi par le droit commun des conventions (1). Quant au caractère synallagmatique ou unilatéral du contrat, la question ne présente qu'un intérêt théorique à cause de l'article 699, alinéa 2, qui tranche la question des risques (2).

Pour le gage, le caractère réel du contrat apparaît des conditions exigées par l'article 1205 pour la constitution du droit de gage sur les choses meubles : « Pour constituer le gage, il faut que le propriétaire fasse tradition de la chose au créancier et qu'il y ait accord des volontés des deux parties à l'effet d'établir au profit du créancier le droit de gage. »

Donc il faut pour la constitution du gage accord des volontés et tradition de la chose (3).

Et puis le Code allemand, quand il s'agit du droit de gage sur les droits, dans l'article 1274 dit : « Le gage sur un droit se constitue conformément aux prescriptions concernant le transport des droits. Lorsque le transport des droits ne peut avoir lieu que par la tradition d'une chose, on applique les dis-

1. C. civ. all. traduit et annoté, t. II, pp. 218 et 219, note pour le t. XII, § 1.

2. Il est à noter le nom de contrat de garde que le C. civ. all. donne au dépôt.

3. C. civ. all. traduit et annoté, t. II, p. 802, note pour l'article 1204.

positions des articles 1205 et 1206. Les droits qui ne sont pas cessibles ne peuvent être constitués en gage.»

Voici donc en Allemagne les rédacteurs du Code évitant de trancher la question de principes et de se prononcer sur le caractère de ces quatre contrats. Ils laissent soupçonner par la rédaction qu'ils donnent à chacun d'eux qu'ils penchent vers la conception réaliste de ces contrats.

En Allemagne pourtant, la dation n'est sûrement pas une condition de validité du prêt, mais un élément de formation indispensable pour que ces contrats aient ce caractère.

Dans le *Code saxon* de 1865, les contrats réels sont présentés avec ces mêmes caractères, nécessitant pour la conclusion une remise matérielle (1067, 1174, 1260), quoique l'accord des volontés soit valable par lui-même, mais ne constitue qu'un contrat préparatoire lequel exécuté par la remise matérielle, le contrat réel va être conclu (§ 1068, 1175, 1261). Le Code saxon régleme le droit d'agir en exécution du contrat consensuel préparatoire (§ 1175 et 1261; § 1175 et 1261 pour le cas de refus d'exécution; § 1069, 1115, 1261 pour la prescription de l'action en exécution de l'avant-contrat).

On sait que l'Allemagne avant l'élaboration du Code de 1900 présentait au point de vue de la législation privée une multiplicité de régimes. Le droit romain sous la forme moderne de « droit des Pan-

dectes » avait dans tous les pays la valeur d'un droit commun subsidiaire qui devait s'appliquer à défaut de législations ou coutumes locales.

Ce régime laissait subsister et favorisait une diversité de régimes particularistes. Quelques pays n'avaient d'autre législation que le droit romain. La plupart avaient soit une législation codifiée, soit des coutumes propres.

Partout, certaines matières, telles que celles des obligations, étaient entièrement régies par le droit romain. Mais en outre, il y avait en toute matière certains principes et théories d'application générale issus du droit romain et pour lesquels l'origine se trouvait dans les conceptions romanistes (1).

Comme codification on en trouve le *Code bavarois* connu sous le nom de *Code Maximilianeus bavaricus civilis* de 1756 et le *Code prussien* de 1794. Et enfin comme monument plus important encore le *Code saxon* de 1865.

Le Code allemand fut surtout influencé par les théories romaines dans son élaboration et dans sa construction. Ceci expliquerait jusqu'à un certain point le maintien des contrats réels — quoique avec de notables différences — conformément à une tradition bien établie.

1. Saleilles. *Introduction au Code civil allemand annoté et traduit*, p. 8.

En définitive, dans le Code allemand, le contrat réel présente exactement les mêmes caractères que ceux qu'il a dans le Code français, c'est-à-dire la nécessité d'une res dans la formation du contrat réel pour l'existence de celui-ci comme tel.

Dans *le Code prussien de 1794*, nous trouvons, au moins pour le prêt à intérêt, un écart de la conception réelle que ce Code garde pour le dépôt et le gage (1). Il dit : « Le prêt proprement dit est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à remettre à l'autre de l'argent monnayé ayant cours ou des papiers ayant une valeur pécuniaire et payables à tout possesseur, sous condition de restitution en semblable qualité et quantité (2). »

Ce n'est sûrement pas l'exactitude du principe qui décida une pareille solution, mais son avantage pratique uniquement.

AUTRICHE

On sait que l'Autriche est séparée de la Hongrie au point de vue de la législation privée. Le Code civil

1. Code prussien, I, 11, § 9 et 413.

2. Code prussien, I, 11, § 653. Et surtout il est à signaler la disposition par laquelle l'emprunteur est tenu d'accepter la somme qui lui a été promise sous peine de dommages-intérêts égaux à au moins une demi-année des intérêts habituels du capital promis (§ 658 à 660)./

qui s'applique encore en Autriche fut élaboré au milieu du XVIII^e siècle ; terminé en 1810, il fut promulgué le 11 juin 1811 et mis en vigueur le 1^{er} janvier 1812 (1).

Le Code autrichien accepte les contrats réels avec ce caractère. Voici le texte de l'article 957 pour le dépôt : « Lorsqu'une personne se charge de la garde de la chose d'autrui, il s'établit un contrat de dépôt. Quand la promesse de prendre en garde une chose appartenant à autrui, mais qui n'a pas encore été livrée, a été acceptée, la partie qui a fait la promesse se trouve obligée, mais il n'en résulte pas encore un contrat de dépôt. » Et l'article 971 du même Code à propos du commodat : « Le contrat de prêt à usage ou commodat se forme lorsqu'une personne livre à une autre pour un certain temps et à titre gratuit une chose non fongible à l'effet de s'en servir. Le contrat par lequel une personne promet à une autre de lui prêter une chose sans en faire la remise est à la vérité obligatoire, mais ne forme cependant pas encore un contrat de commodat. »

Pour le prêt de consommation, l'article 983 : « le contrat de prêt de consommation se forme lorsqu'une personne livre à une autre des choses fongibles à la condition de pouvoir en disposer librement et de

1. Une traduction française du Code civil de l'Empire d'Autriche est faite par A. de Clercq (Paris, 1836).

lui en rendre au bout d'un certain temps une quantité égale, de même espèce et qualité. Ce contrat ne doit pas être confondu avec le contrat également obligatoire par lequel on promet de faire ultérieurement un prêt. »

Comme on peut le voir, dans le Code autrichien de 1811, actuellement encore en vigueur, il est nettement fait distinction entre le contrat réel et le contrat simplement consensuel jouant le rôle préparatoire d'un contrat réel.

Pour le contrat de gage, le Code autrichien ne tient plus le même langage et même le rôle de la remise est autre, apparaissant comme un élément essentiel pour l'existence du droit réel de gage et non pas du contrat même.

Voici l'article 457 : « Pour acquérir le droit de gage d'une manière réelle, le créancier muni d'un titre doit prendre la chose engagée sous la garde si elle est mobilière et faire enregistrer sa créance selon le mode déterminé pour l'acquisition de la propriété des biens fonds si la chose est immobilière. Le titre seul ne donne qu'un droit personnel sur la chose mais non un droit réel à cette chose. »

Donc le rôle de la remise dans le gage est très précis. C'est de conférer au créancier le droit réel de gage, jusqu'alors le contrat ne donnant qu'un droit personnel.

SUISSE

Le Code fédéral des obligations du 14 juin 1881 en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1883 contient pour les contrats réels les textes ci-dessous cités.

Il est à remarquer que ce Code fait des trois contrats de prêt à usage, prêt de consommation et dépôt des contrats purs consensuels, dans lesquels la remise est l'exécution de l'obligation de remettre, donc non plus un élément de formation pour ces contrats.

Voici le texte de l'article 32 pour le prêt à usage : « Le prêt à usage ou commodat est *un contrat par lequel le prêteur s'oblige à livrer une chose à l'emprunteur pour s'en servir gratuitement à charge par l'emprunteur de la lui rendre après s'en être servi.* »

Et l'article 329 : « Le prêt de consommation est un contrat par lequel *le prêteur s'oblige à transférer à l'emprunteur la propriété d'une somme d'argent ou d'autres choses fongibles* à charge par ce dernier de lui en rendre autant de même espèce et qualité. »

L'article 475 : « Le dépôt est un contrat par lequel le dépositaire s'oblige envers le déposant à recevoir une chose mobilière que celui-ci lui confie et à la garer en lieu sûr. Le dépositaire ne peut exiger une rémunération que s'il l'a expressément stipulée ou si les circonstances sont telles qu'une rémunération ait dû nécessairement être prévue. »

Pour le gage pourtant, on conserva la notion de contrat réel. Voici en l'effet l'article 210 du Code fédéral des obligations: « *Le droit de gage sur les meubles corporels ou sur les titres au porteur ne peut s'établir que par voie de nantissement, c'est-à-dire par la remise de la chose au créancier gagiste ou à son représentant. La remise n'est pas réputée faite tant que la chose est entre les mains de celui qui constitue le gage.* »

Et l'article 219 : « *Le créancier gagiste perd son privilège tant qu'il consent à laisser la chose entre les mains de celui qui a constitué le gage.* »

Le Code civil suisse fait donc du commodat un contrat consensuel et synallagmatique parfait comme la rédaction du texte de l'article 321 le prouve ; c'est d'ailleurs comme cela qu'il est envisagé dans la doctrine du Code fédéral (1).

Pour le prêt de consommation, même caractère (2). Seulement *remarquons que l'emprunteur n'acquiert de droit sur la chose que par la livraison ; et c'est la remise et au moment de cette remise que la propriété lui est transférée.* Ceci n'est qu'une application faite à ce cas particulier du système adopté par le Code fédéral suisse en matière de transfert de pro-

1. Virgile Rossel, *Manuel de droit fédéral des obligations* (2^e éd. 1905), p. 450, n° 420.

2. Virgile Rossel, *op. cit.*, p. 457, n° 434.

priété des choses mobilières. On sait que ce Code s'éloigne en cette matière des principes qui régissent la législation française (1), en admettant la règle « que la mise en possession est de rigueur pour le transfert de la propriété mobilière », quoique la revendication des meubles soit régie par des principes analogues à ceux du Code français (2).

Dans le droit suisse pour le prêt de consommation, *quoique la propriété ne soit pas transmise par le simple consentement, ayant pour objet des meubles corporels, tout de même le contrat se forme par simple consentement.*

Le dépôt est en droit suisse pur consensuel se formant par le seul accord des volontés; il est synallagmatique imparfait, c'est-à-dire unilatéral à l'origine, il devient bilatéral par la suite (3).

*
* *

Pour le gage, il est dit que le droit de gage ne s'établit que par la remise de la chose (art. 210, al.).

1. En droit français, italien et anglais, la propriété des meubles individualisés est transférée à l'acquéreur par le seul effet de la convention indépendamment de toute tradition (art. 938, 1138, 1583 C. civ. p.).

2. Voici l'article 199 du Code fédéral: « Pour que la propriété mobilière soit transférée ensuite d'une convention, il faut que l'acquéreur ait été mis en possession. »

3. Virgile Rossel, *op. cit.*, p. 607, n° 631.

Remarquons que si un simple contrat consensue de gage a été conclu, celui auquel cette promesse la été faite a le droit d'intenter une action en délivrance de l'objet promis (1).

On fait dans le Code fédéral suisse de *la remise une condition d'existence du droit de gage sur les meubles et non pas du contrat lui-même*. C'est à tort donc qu'on donne au gage en droit suisse le qualificatif de contrat réel. Entre les parties, la livraison ne joue pas le rôle d'élément de formation du contrat. Voici l'article 215 qui dit : « Le créancier gagiste perd son privilège tant qu'il consent à laisser la chose entre les mains de celui qui a constitué le gage » ; et c'est à l'égard des tiers seulement que la perte de l'acquisition de la possession joue un rôle et le gage s'éteindra par la perte de la possession uniquement à l'égard des tiers ; et c'est uniquement dans le cas où le créancier s'est dessaisi *volontairement* qu'il ne peut plus se prévaloir de son droit de gage envers le constituant même (2).

Ce que le Code fédéral veut, c'est uniquement qu'on ne puisse établir des droits de gage par simple convention ; car cela aurait pour conséquence de laisser les choses entre les mains du constituant et par là, il serait possible qu'il trompe ses autres créan-

1. Rossel, *op. cit.*, p. 311, n° 263.

2. Rosse., *op. cit.*, p. 324.

ciers en leur présentant ces biens comme libres de toute charge. Et le Code fédéral fait une exception unique dans les articles 210 et suivant : « Il appartient néanmoins à la législation cantonale d'autoriser l'engagement du bétail par le seul effet d'une inscription sur les registres publics. »

*
* *

Pourtant il est à faire une remarque pour le gage dans le droit suisse en doctrine exclusivement. On dit que ce contrat est *synallagmatique imparfait*, donc il est unilatéral, et l'obligation de restituer est la seule naissant du contrat. Ceci est une erreur théorique pour ce système de doctrine. Ce contrat est aussi synallagmatique, surtout que dans le droit suisse l'obligation de restituer dans les autres prétendus contrats réels naît *ex contractu*.

∴

Dans le projet de la loi destiné à compléter le Code civil suisse du 10 décembre 1907 et consacré au droit des obligations pour remplacer le Code fédéral des obligations du 15 juin 1881, il n'y a rien de changé quant à la nature du contrat de prêt à usage (1), ni à celle

1. Art. 1353 du projet.

du prêt de consommation (1). Pour le dépôt également, la même construction est gardée (2).

Pour le gage, on ne trouve pas de disposition; car, la rédaction du gage du Code fédéral (art. 119 à 203 et 205 à 228) relatif au gage n'est pas abrogée, mais maintenue conformément à l'article 62 du titre final.

*
* *

Le Code civil italien dans les articles 1805, 1819, 1878 et 1837, reproduit les articles 1875, 1892, 1915 et 2071 du Code civil français.

En Belgique, l'avant-projet de revision du Code civil rédigé par Laurent dans les articles 1959, 1999 et 2140, conserve intacte la conception classique de ces contrats qu'il emprunte au Code français.

1. Art. 1361 du projet.

2. Art. 1526 du projet.

CHAPITRE VII

La res comme cause dans les prétendus contrats réels.

On sait que le Code français exige pour la validité des conventions quatre conditions : le consentement des parties qui s'obligent, la capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement et une cause licite dans l'obligation, (art. 1108).

Laissant de côté ce qui est inexact ou mal exprimé dans cette formule, retenons uniquement ce qui nous intéresse, c'est-à-dire *la nécessité d'une cause dans tout contrat pour la validité de l'obligation naissant.*

Mais qu'est la cause ?

Les définitions données sont assez vagues et assez insuffisantes. En voici une : « C'est le but immédiat et par conséquent essentiel en vue duquel on contracte (1). »

Elle ne dit pas grand'chose ; et c'est peut-être en

1. Baudry et Barde, I, p. 301. Aubry et Rau la définissent « la considération qui porte une partie à s'engager », § 345, note 2, IV.

renonçant à une définition, mais en faisant une analyse qu'il est possible d'en éclaircir les choses.

On doit tout d'abord nettement distinguer la *cause de l'obligation* — qui serait l'élément de validité nécessaire pour les obligations conventionnelles — de la *cause du contrat* qui serait le mobile déterminant la partie à contracter et lequel n'intéresse pas la construction juridique du contrat (1).

La cause de l'une des obligations dans les contrats synallagmatiques serait l'obligation de l'autre partie ; dans les libéralités, c'est la volonté d'une personne de gratifier une autre ; dans les contrats réels, c'est la prestation faite, la remise.

C'est de ces trois idées essentielles et un peu différentes que se compose la théorie de la cause. Elle est une création de Domat ; le droit romain l'ignorait quoique Domat ait puisé dans le droit romain les éléments de cette théorie.

Pothier reproduit les idées de son devancier et le Code inspiré par Pothier conserva les idées de Domat.

La théorie de la cause fut attaquée comme fausse et inutile. On estime qu'il ne faut pas faire de cette cause un élément de formation distinct dans les contrats. Nous n'allons pas nous occuper ici de la critique qu'on a faite ou qu'on pourrait faire à cette

1. Planiol, II, n° 1034. Selon Aubry et Rau, la cause du contrat « c'est le mobile qui la détermine à contracter », IV, § 345, note 2.

théorie de la cause. Nous examinerons uniquement la question de la cause dans les contrats réels.

En effet, les partisans de la théorie de la cause voient dans la remise la cause de l'obligation de restituer. Tant que cette prestation n'est pas faite, l'obligation de restituer manque de cause.

Les adversaires de cette théorie se débarrassent de la cause comme élément d'existence valable de l'obligation naissant du contrat réel *en observant que la dation que l'on appelle cause n'est dans ces contrats que le fait générateur de l'obligation*. Or, dans ce cas, on emploie le terme *cause* non pas avec l'acceptation qu'on lui donne de « motif juridique » mais avec le sens de « source productrice d'obligation ». Il résulte donc qu'il faut écarter la prétendue *cause* comme ayant un rôle distinct ; la notion de cause est *fausse* dans ces contrats. En outre elle est inutile, car ce prétendu élément de validité dans le contrat réel n'en est pas un et n'a aucun rôle ; tant que la chose n'a pas été remise, il n'y a pas encore contrat ; donc l'absence de cause se confond avec l'absence du contrat.

Nous ne pouvons pas accepter cette manière de nier l'existence de la cause comme élément de validité dans les contrats réels. Et ce parce que nous ne tenons pas la remise pour fait générateur de l'obligation de restituer, donc pour élément constitutif du contrat. *Si nous rejetons l'existence de la cause comme*

élément de validité de l'obligation de restituer dans les contrats réels, c'est pour d'autres raisons que voici :

Il faut nier la nécessité d'une cause dans la formation d'une convention d'une façon générale. Car, dès que les trois éléments : consentement, objet et capacité sont réunis, il n'y a plus de néant juridique, mais il y a déjà un acte juridique produisant des effets de droit. *Le consentement, tant qu'il se trouve donné par une personne ayant une volonté intelligente et libre, est déterminé par certains motifs ; ceux-ci ne nous intéressent pas quant à la création de l'acte juridique même. C'est l'exécution de l'acte qui pourra seulement se trouver refusée dans le cas que les parties ont conclu pour aboutir à des résultats immoraux, illicites ou contraires à l'ordre public.*

Dans le prétendu contrat réel, tel que nous le construisons avec des éléments purs consensuels, l'obligation de restituer sera exigible ou non, *non pas parce qu'elle a une cause ou non, mais selon qu'elle aura un objet ou non.* Au cas que la remise fut faite, l'obligation de restituer a par là un objet, qui lui manque au cas que la remise ne fût pas faite. La cause est donc ici, comme élément constitutif, inutile et fausse.

CONCLUSION

Si le prétendu contrat réel se maintient encore avec ce caractère et a des partisans même en pure théorie, c'est parce que la dation est nécessaire pour que l'obligation de restituer soit exécutoire, sans que cette dation ait pourtant le rôle d'élément de formation du contrat. *C'est par une apparence trompeuse qu'elle apparaît ayant ce rôle.* Et si c'est difficile à première vue d'en apercevoir son vrai caractère, le faire, ce n'est pas de la subtilité théorique inutile.

Son adoption comme système par le Code français est encore une des causes de sa survivance. Le Code a toujours exercé une grande influence sur les constructions juridiques, même au point de vue pur théorique. M. Démogue fait la remarque que : « quand une théorie n'a pas fait l'objet d'un chapitre ou d'une section spéciale du Code, ce n'est que péniblement et à la longue qu'elle parvient à se dégager (1). » Avec les contrats réels, les choses se passent inversement. C'est parce que cette théorie a été consacrée

1. *Revue trimestrielle*, 1905, p. 723.

par le Code qu'elle survit quoique fausse comme système théorique.

Il faut espérer que pareilles inexactitudes ne passeront plus dans les futurs textes du Code pour ces prétendus contrats réels, et que celui-ci empruntera à la science la construction exacte et meilleure que celle-ci élabore — comme d'ailleurs pour toutes les questions de droit pour en rendre la loi et plus précise et plus claire.

Vu : le Président de thèse,

TISSIER

Vu le Doyen,
CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer,
Pour le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
FONTAINE

BIBLIOGRAPHIE

ACCARIAS. — Précis de droit romain, 5^e édition. Théorie des
contrats innomés. Paris, 1873.

AUBRY ET RAU. — Cours de droit civil français, t. IV, 5^e édition.

BACH. — De l'ouverture de crédit. Thèse Paris, 1892.

BARTIN. — Théorie des conditions impossibles, illicites ou
contraires aux mœurs.

BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE. — Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations, t. I, 2^e édition (1900).

BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES. — Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et des hypothèques, t. I.

BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL. — Traité théorique et pratique de droit civil. De la société, du prêt et du dépôt.

BRUGELLES. — Le droit et l'obligation ou le rapport juridique.
Rev. trimestrielle, 1909, p. 292-325.

BUFNOIR. — Propriété et contrat.

CAPITANT. — Introduction à l'étude du droit civil.

COMBESCURE. — Existe-t-il des contrats réels en droit français.
Rev. critique, 1903.

COVIELLO. — Dei contratti preliminari nel diritto moderno, 1896.

DUGUIT. — L'état, le droit objectif et la loi positive.

DEMOGUE. — Des droits éventuels et des hypothèses où ils

- prennent naissance. *Rev. trimestrielle*, 1905, p. 723 et suiv.
- De la nature et des effets du droit éventuel. *Rev. trimestrielle*, 1906, p. 231 et suiv.
- DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon, t. XXIV.
- DÉREUX. — Étude des diverses conceptions actuelles du contrat. *Rev. critique*, 1901 (t. XXX), p. 513-535 ; et *Rev. critique*, 1902 (t. XXXI), p. 105-124.
- ESMEIN. — Les contrats dans le très ancien droit français.
- GENY. — Méthodes d'interprétation et sources en droit privé.
- GIORGI. — Teoria delle obbligazioni.
- GUILLOUARD. — Traité du prêt. Traité du nantissement.
- IHERING. — L'esprit du droit romain traduit sur la 3^e édition par Meulenaere.
- Histoire du développement du droit romain, traduit par Meulenaere.
- JACQUELIN. — De la fiducie. Thèse Paris, 1891.
- LANCE. — L'évolution de la *condictio* dans le droit classique. Thèse Paris, 1897.
- LEDUC. — Des avant-contrats. Thèse Paris, 1909.
- LAROMBIÈRE. — Théorie et pratique des obligations, t. I.
- LAURENT. — Principes du droit civil français, XV, XXVI, XXVII, XXVIII.
- PLANIOL. — Traité élémentaire de droit civil, 4^e édition, t. II.
- Classification des sources des obligations. *Rev. critique*, 1904, pp. 224 à 237.
- Classification synthétique des contrats. *Rev. critique*, 1904, pp. 470 à 490.
- POTHIER. — Traité des obligations, édit., Bugnet.
- SABIELLES. — De la déclaration de volonté.
- Essai d'une théorie de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand.
- Étude sur la théorie générale des obligations dans la seconde rédaction du projet du Code civil pour l'empire d'Allemagne.

SOLEILLES. — Introduction à l'étude du droit civil allemand.

— De la responsabilité précontractuelle. *Rev. trimestrielle*, 1907.

TITULESCO. — Essai sur une théorie générale des droits éventuels. Thèse Paris, 1907.

VALETTE. — De la durée persistante de l'ensemble du droit civil français, depuis et pendant 1789.

VIGIÉ. — Cours élémentaire de droit civil français, 1890.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE	5
CHAPITRE PREMIER. — <i>Les choses qui déterminèrent l'apparition de la catégorie des contrats réels et la raison de leur existence en droit romain.</i> . .	13
§ 1. — Le mutuum	16
§ 2. — La fiducie.	23
§ 3. — Les contrats de commodat, de dépôt et gage.	30
§ 4. — Les contrats innomés.	33
§ 5. — Observations d'ensemble sur la théorie des contrats réels romains. La vraie nature de ces contrats au début.	38
CHAPITRE II. — <i>La théorie classique des contrats réels comme système du Code civil français et comme système théorique</i>	46
§ 1. — La théorie classique comme système du Code civil français.	48
§ 2. — La théorie classique comme système théorique	68
§ 3. — La théorie classique des contrats réels et les contrats re du droit romain. . . .	74
CHAPITRE III. — <i>Analyse critique de la théorie classique des contrats réels.</i>	76
Section I. — Vices de la théorie classique. Son inexactitude.	77

§ 1. — Inexactitudes	77
§ 2. — Fausses conséquences.	99
§ 3. — Contradictions.	109
Section II. — Critique de la théorie classique des contrats réels comme système du Code fran- çais. Le régime légal de ces contrats . . .	112
CHAPITRE IV. — <i>Reconstitution des prétendus contrats réels comme purs consensuels. Nature juridi- que des droits et obligations naissants.</i> . .	117
CHAPITRE V. — <i>Intérêt pratique de la question.</i> . .	131
CHAPITRE VI. — <i>Les contrats réels dans les diverses législations étrangères.</i>	138
Allemagne	138
Autriche.	143
Suisse.	146
CHAPITRE VII. — <i>La res comme cause dans les préten- dus contrats réels.</i>	152
CONCLUSION	157
BIBLIOGRAPHIE	159

